

Fraus Legis naast artikel 10a wet Vpb 1969?

Naam: Joëlla Scholte
Studentnummer: 342324
Begeleider: drs. M.H.M. Smeets
Datum : 22 juli 2014

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 – Inleiding	4
1.1 Schets van het probleemveld	4
1.2 Doel en onderzoeksvraag.....	4
1.3 Onderzoeksopzet en afbakening	5
Hoofdstuk 2 – Winstdrainage	6
2.1 Inleiding.....	6
2.2 Definitie	6
2.3 Fiscale behandeling eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting	7
2.4 Kwalificatie van vreemd vermogen.....	8
2.5 Enkele voorbeelden van winstdrainage	9
2.6 Waarom wordt winstdrainage bestreden?.....	11
2.7 Conclusie	11
Hoofdstuk 3 - Fraus Legis	12
3.1 Inleiding.....	13
3.2 Bestrijding van oneigenlijk gebruik	13
3.3 Fraus legis en wetsinterpretatie	14
3.4 Voorwaarden Fraus Legis.....	16
3.4.1 Motiefvereiste	16
3.4.2 Normvereiste	19
3.5 Tegenbewijsmogelijkheid.....	19
3.6 Conclusie	21
Hoofdstuk 4 – Artikel 10a wet Vennootschapsbelasting 1969	22
4.1 Inleiding.....	23

4.2	Waarom is art. 10a wet Vpb 1969 ingevoerd?	23
4.3	Codificatie	24
4.4	Voorwaarden van art. 10a wet Vpb 1969	26
4.5	Tegenbewijsmogelijkheid.....	28
4.5.1	Inleiding.....	28
4.5.2	Tegenbewijs op basis van overwegend zakelijke motieven	29
4.5.3	Tegenbewijs op basis van redelijke compenserende heffing.....	30
4.6	Conclusie	32
Hoofdstuk 5 – Toepassing van Fraus Legis naast artikel 10a wet Vpb 1969?.....		34
5.1	Inleiding.....	34
5.2	Opvattingen in de literatuur	34
5.3	Opvatting Staatssecretaris.....	36
5.4	Jurisprudentie.....	37
5.4.1	Arrest HR 11 juli 2008, BNB 2008/266	37
5.4.1.a	Opvatting arrest HR 11 juli 2008, BNB 2008/266	38
5.4.2	Arrest HR 1 juni 2012, BNB 2012/213	40
5.5	Conclusie	41
Hoofdstuk 6 – Conclusie		41
Literatuurlijst		44

Hoofdstuk 1 – Inleiding

1.1 Schets van het probleemveld

In de vennootschapsbelasting zijn rentekosten van geldleningen in principe aftrekbaar. Dat rentekosten aftrekbaar zijn, maakt het voor gelieerde vennootschappen interessant om rentekosten te creëren. Het creëren van rentekosten zonder dat daar effectieve heffing tegenover staat wordt ook wel winstdrainage genoemd. Sinds de invoering van artikel 10a wet Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: art. 10a wet Vpb) op 26 december 1996 wordt getracht renteaftrek wettelijk te bestrijden in bepaalde situaties. Art. 10a wet Vpb is gericht tegen gekunstelde constructies waarbij rentelasten worden gecreëerd die ten koste gaan van de Nederlandse belastinggrondslag¹.

Voor de introductie van art. 10a wet Vpb werd eveneens getracht winstdrainage te bestrijden. De Nederlandse fiscus bestreed winstdrainage voor de invoering van art. 10a wet Vpb met het leerstuk *fraus legis*². Van *fraus legis* is kort gezegd sprake indien een belastingplichtige in strijd met doel en strekking van de wet handelt met het oogmerk op belastingverijdeling³.

1.2 Doel en onderzoeksvraag

Het hoofddoel van deze scriptie is te onderzoeken of sinds de introductie van art. 10a wet Vpb *fraus legis* nog toepassingsbereik heeft met betrekking tot winstdrainageconstructies. Met toepassingsbereik wordt bedoeld of *fraus legis* in theorie en praktijk toegepast kan worden. Daarnaast wordt onderzocht of *fraus legis* van toepassing kan zijn op situaties zowel binnen als buiten het bereik van art. 10a wet Vpb.

Mijn onderzoeksvraag luidt als volgt:

¹ J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Studenteneditie 2012-2013, Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting), Deventer: Kluwer 2012, p.200

² J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Studenteneditie 2012-2013, Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting), Deventer: Kluwer 2012, p.201

³ J. Vleggeert, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Fiscale Monografieën, Deventer: Kluwer 2009, p.89. Eveneens dezelfde zin in:

J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Studenteneditie 2012-2013, Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting), Deventer: Kluwer 2012, p.200

‘Kan er nog sprake zijn van fraus legis ter voorkoming van winstdrainage naast toepassing van art. 10a wet VpB 1969?’

Met behulp van de volgende deelvragen wordt een antwoord gevonden op de hoofdvraag:

- 1. Wat is winstdrainage en waarom wil de Nederlandse overheid dit bestrijden?*
- 2. Wat wordt verstaan onder fraus legis en aan welke voorwaarden moet voldaan worden om fraus legis succesvol toe te passen?*
- 3. Om welke reden is art. 10a wet Vpb 1969 opgenomen in de wet vennootschapsbelasting en wat zijn de toepassingsvoorwaarden van art. 10a wet Vpb?*
- 4. Heeft fraus legis nog waarde naast art. 10a wet VpB ter voorkoming van winstdrainage?*

1.3 Onderzoeksopzet en afbakening

Ter beantwoording van de deelvragen, wordt elke deelvraag in één hoofdstuk behandeld. In hoofdstuk 2 wordt het begrip winstdrainage behandeld, waarbij in gegaan wordt op de fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen. Daarnaast wordt onderzocht waarom winstdrainage door de Nederlandse fiscus bestreden dient te worden. Hoofdstuk 2 ziet enkel op winstdrainage door renteaftrek. In hoofdstuk 3 wordt het leerstuk fraus legis behandeld. Tevens worden de voorwaarden voor toepassing van fraus legis gegeven. Hoofdstuk 3 gaat om fraus legis in zijn algemeenheid en hierdoor wordt niet alleen toegespitst op situaties met renteaftrek. In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op art. 10a wet Vpb. In dit hoofdstuk wordt beantwoord waarom art. 10a wet Vpb in de wet is opgenomen en wat de voorwaarden zijn van art. 10a wet Vpb. In hoofdstuk 5 wordt onderzocht of fraus legis nog toepassingsbereik heeft naast art.10a wet Vpb. Ten slotte volgt de conclusie in hoofdstuk 6.

Hoofdstuk 2 – Winstdrainage

2.1 Inleiding

Ondernemingen zien (winst)belastingen doorgaans als kostenpost. Ondernemingen willen kosten vaak minimaliseren of ten minste in de hand houden. Op deze manier kunnen ondernemingen een zo hoog mogelijke opbrengst of inkomen vergaren. Doordat ondernemingen (winst)belastingen in de regel als kostenpost zien, proberen ondernemingen vaak zo min mogelijk belasting te betalen. Ondernemingen kunnen hierin soms te ver gaan, hetgeen kan leiden tot erosie van de belastinggrondslag.

De belastinggrondslag kan worden geërodeerd door rente, huur, royalty's en dergelijke die verschuldigd zijn aan rechtspersonen die zijn onderworpen aan de vennootschapsbelasting in met name grensoverschrijdende situaties⁴. Hieruit kan geconcludeerd worden dat winstdrainage voor komt in verschillende vormen. Binnen deze scriptie worden de verschillende vormen van winstdrainage beperkt tot winstdrainage in schuldverhoudingen (rente).

In dit hoofdstuk wordt de definitie van het begrip winstdrainage door renteaftrek gegeven. Daarnaast wordt aandacht besteed aan het verschil in fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting. Tevens komen enkele verschijningsvormen van winstdrainage door renteaftrek aan bod en ten slotte wordt aandacht besteed aan de vraag waarom winstdrainage wordt bestreden.

2.2 Definitie

Strik en De Vries omschrijven winstdrainage *'als een georkestreerd geheel van (rechts)handelingen waardoor op Nederlandse belastbare winsten lasten komen te drukken zonder dat de tegenover die lasten staande baten hier te lande of elders in de wereld (effectief) belast worden'*⁵. Dit begrip van winstdrainage staat voor elke vorm van winstdrainage. Hiermee wordt bedoeld erosie van de belastinggrondslag door rente, huur,

⁴ O.C.R. Marres, *Eerlijk delen in de fiscale jungle*, Oratie 439 Universiteit van Amsterdam 2012, p.25

⁵ S.A.W.J. Strik en N.H. de Vries, Studenteneditie 2010-2011, *Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Deventer: Kluwer 2010, p. 191

royalty's en dergelijke. Deze scriptie richt zich echter alleen op winstdrainage door renteaftrek. Marres omschrijft winstdrainage door renteaftrek als '*het op gekunstelde wijze creëren van schuldverhoudingen ter verijdeling van vennootschapsbelasting*⁶'. Dit is een relatief ruim begrip. Dit komt omdat onder het begrip winstdrainage veel verschillende verschijningsvormen schuilgaan. Enkele verschijningsvormen worden behandeld in paragraaf 2.5.

2.3 Fiscale behandeling eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting

Winstdrainage vindt zijn grondslag in het verschil in behandeling tussen eigen en vreemd vermogen met betrekking tot de winstbepaling in de Nederlandse vennootschapsbelasting. Eigen vermogen wordt fiscaalrechtelijk anders behandeld dan vreemd vermogen⁷. De vergoeding van vreemd vermogen (rente) is aftrekbaar van de winst, terwijl de vergoeding voor eigen vermogen (dividend) niet fiscaal aftrekbaar is⁸. Thans volgt de aftrekbaarheid uit het totaalwinstbegrip zoals dat is neergelegd in art. 3.8 wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: wet IB) juncto art. 8 lid 1 wet Vpb⁹. Uit de bepaling in art. 10 wet Vpb volgt dat dividend geen fiscale kostenpost vormt. De vergoeding voor eigen vermogen (dividend) is niet aftrekbaar van de winst. Zonder de bepaling van art. 10 wet Vpb zou in principe uit artikel 3.8 wet IB kunnen blijken dat de vergoeding voor eigen vermogen niet aftrekbaar is. Art. 10 wet Vpb is in de wet vennootschapsbelasting opgenomen om onzekerheid omtrent aftrekbaarheid te voorkomen.

Het verschil in behandeling tussen eigen en vreemd vermogen kan leiden tot een voorkeur voor financiering met vreemd vermogen, hetgeen soms leidt tot overmatige financiering met vreemd vermogen¹⁰. Financiering met vreemd vermogen is voor een onderneming gunstig zolang het rendement van het totale vermogen hoger is dan de verschuldigde rente op het vreemd vermogen. Er is dan sprake van een positieve financial leverage effect (ook wel positieve hefboomfactor). Dit houdt in dat er wordt verdiend op de financiering met vreemd

⁶ O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek – beoordeling van artikel 10a wet op de Vennootschapsbelasting 1969*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1

⁷ O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek – beoordeling van artikel 10a wet op de Vennootschapsbelasting 1969*, Deventer: Kluwer 2005, p.5

⁸ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p. 76,77

⁹ O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek – beoordeling van artikel 10a wet op de Vennootschapsbelasting 1969*, Deventer: Kluwer 2005, p.5

¹⁰ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p. 77

vermogen omdat de kosten van vreemd vermogen lager zijn dan de rentabiliteit van het totale vermogen. Op deze manier wordt meer rendement behaald op het eigen vermogen dan gerealiseerd had kunnen worden door uitsluitend financiering met eigen vermogen. Daar tegenover staat dat ondernemingen een risico nemen door financiering met vreemd vermogen omdat niet zeker is wat het werkelijke rendement wordt. Zodra het economisch slechter gaat of te veel wordt gefinancierd met vreemd vermogen in verhouding met eigen vermogen, kan het rendement van het totale vermogen zakken onder de verschuldigde rente. Dit wordt het negative financial leverage effect genoemd (ook wel negatieve hefboomfactor). Dit houdt in dat het rendement door financiering met (te) veel vreemd vermogen kan leiden tot een lager rendement op eigen vermogen. In extreme gevallen kan een negatieve werking van het hefboomeffect grote verliezen voor de vennootschap betekenen¹¹. Daarnaast is volgens Van Strien een onderneming gevoeliger voor (vijandige) externe overnames indien deze gefinancierd wordt met vreemd vermogen¹².

2.4 Kwalificatie van vreemd vermogen

Een geldverstrekking kan een verstrekking van eigen vermogen of van vreemd vermogen zijn. Slechts indien sprake is van een geldlening, kan de daarop betaalde vergoeding worden afgetrokken van de winst. In geval van een kapitaalverstrekking is aftrek van de betaalde vergoeding uitgesloten. Om te bepalen of een geldverstrekking een geldlening of een kapitaalvertrekking is, is in de regel de civielrechtelijke vorm beslissend¹³. De Hoge Raad maakt echter in drie gevallen een uitzondering¹⁴. Van het uitgangspunt dat de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de kwalificatie van de geldverstrekking, wijkt de Hoge Raad af als de lening een schijnlening, bodemloze-put-lening of een zogenoemde deelnemerschapslening is. Van een schijnlening is sprake wanneer alleen naar schijn sprake is van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen. Van een bodemloze-put-lening is sprake als bij verstrekking van de lening vooraf al bekend had kunnen zijn dat de lening niet ten volle kan worden terugbetaald. Ten slotte is sprake van een deelnemerschapslening indien de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de

¹¹ J. van Strien, *Renteaftrekbeperingen in de vennootschapsbelasting*, Fiscale Monografieën Deventer: Kluwer 2006, p.23

¹² J. van Strien, *Renteaftrekbeperingen in de vennootschapsbelasting*, Fiscale Monografieën, Deventer: Kluwer 2006, p.22

¹³ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217

¹⁴ HR 27 januari 1988, BNB 1988/217

schuldeiser met het uitgeleende bedrag in zekere mate deelneemt in de onderneming van de schuldenaar.

Indien een ‘lening’ onder één van deze drie uitzonderingen valt, is de rente die een vennootschap betaalt over een dergelijke ‘lening’ niet aftrekbaar¹⁵.

2.5 Enkele voorbeelden van winstdrainage

Winstdrainage vindt doorgaans in concernverband plaats. Met een concern worden ondernemingen bedoeld die gelieerd zijn aan elkaar. Hoogendoorn betoogt dat bij ten minste een derde belang sprake is van een concern¹⁶. Winstdrainage wordt gecreëerd door in concernverband een schuldverhouding aan te gaan waarbij de rente bij een Nederlands belastingplichtig lichaam aftrekbaar is, maar daar tegenover de renteopbrengst in een laag belast land of een zogenoemde tax haven laag belast wordt of vrijgesteld is. De rente in Nederland is aftrekbaar tegen een relatief hoog tarief. Hierdoor wordt tegen een relatief hoog tarief afgetrokken en tegen een laag tarief of geen tarief belast. Op deze manier betaalt het concern als geheel per saldo minder belasting. Ook kan het zijn dat de schuldeiser over voldoende compensabele verliezen beschikt. Op deze manier ontstaat een aftrek tegen een hoog tarief en de renteopbrengst wordt niet belast of tegen een lager tarief.

Winstdrainage door renteaftrek komt voor in verschillende verschijningsvormen. Van de bekendste vormen wordt een voorbeeld gegeven¹⁷.

Een vorm van winstdrainage is het schuldig blijven van dividend. Een Nederlandse dochtervennootschap blijft een dividenduitkering schuldig aan haar laag belaste buitenlandse moedervernootschap. Feitelijk wordt hier een lening gecreëerd van moeder aan dochter, waarmee dochter de rentekosten kan aftrekken in Nederland en de renteopbrengst bij moeder tegen een laag tarief belast wordt.

Een andere vorm van winstdrainage is het teruglenen van gestort kapitaal. Een Nederlandse moedervernootschap doet een kapitaalstorting in haar laag belaste (buitenlandse)

¹⁵ J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Fiscale Monografieën, Deventer: Kluwer 2006, p.56

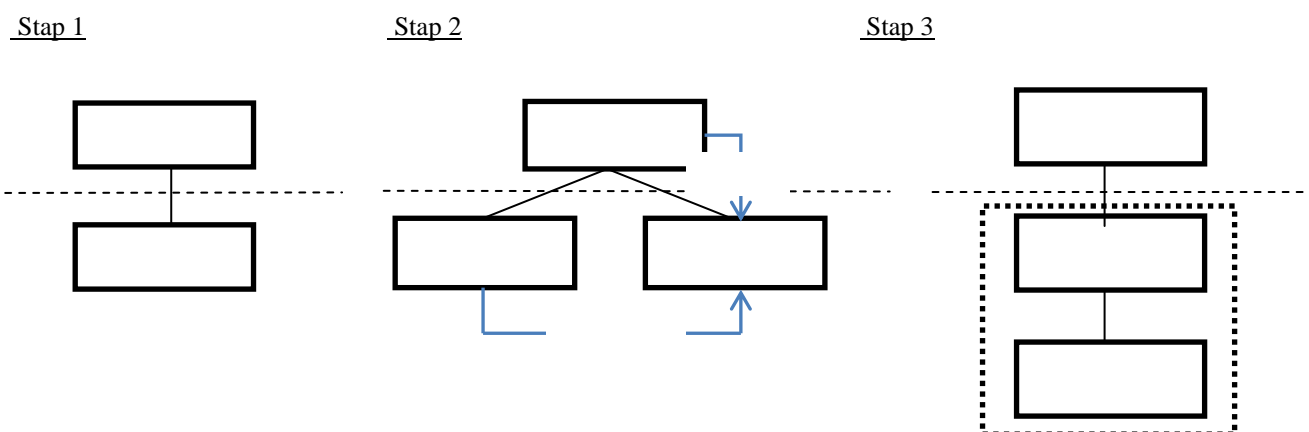
¹⁶ J. Hoogendoorn, Het voorgestelde art. 10a Wet Vpb. 1969: reparatie uitholling of uitbreiding belastinggrondslag?, FED 1996/432

¹⁷ Voorbeelden zijn ontleend aan: J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Studenteneditie 2012-2013, Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting), Deventer: Kluwer 2012, p. 204 t/m 210

dochtervennootschap, die het aldus verkregen kapitaal vervolgens terug leent aan haar Nederlandse moedermaatschappij. Ook in dit geval zijn de rentekosten in Nederland tegen een relatief hoog tarief aftrekbaar en is de renteopbrengst laag belast. Deze vorm van winstdrainage wordt ook wel een kasrondje in de eenvoudigste vorm genoemd. Van een kasrondje in de eenvoudigste vorm is sprake wanneer een vennootschap eigen vermogen stort in een verbonden lichaam en die vennootschap vervolgens een lening aangaat bij hetzelfde verbonden lichaam. Hierdoor krijgt de vennootschap een renteverplichting aan zijn verbonden lichaam¹⁸.

Een derde voorbeeld van een verschijningsvorm van winstdrainage is de interne verhangning. Met verhangning in concernverband wordt bedoeld dat geen wijziging in het uiteindelijke belang en zeggenschap in een lichaam optreedt maar dat met het oog op de verhangning een lening is aangegaan¹⁹. Als voorbeeld kan genoemd worden een laag belaste moedervernootschap die alle aandelen houdt in een Nederlandse dochtervennootschap (dochter 1). De moedervernootschap richt een nieuwe dochtervennootschap (dochter 2) op. Vervolgens verkoopt moeder de aandelen van dochter 1 aan dochter 2 tegen schuldig erkenning van de koopsom. Dochter 1 en dochter 2 gaan een fiscale eenheid aan. Hierdoor wordt op verzoek belasting geheven alsof er één belastingplichtige is²⁰. Zodoende kunnen de rentekosten worden afgetrokken bij de bepaling van de winst van de fiscale eenheid. Ter verduidelijking is hieronder een afbeelding geplaatst.

Afbeelding bij het voorbeeld van de interne verhangning



¹⁸ W.M.M. van den Brink- van Agtmaal, Lexplicatie, Bronnen en citaten bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Artikel 10a [Beperking renteaftrek in geval van winstdrainage], Lexplicatie, commentaar op artikel 10a Wet VPB 1969

¹⁹ W.M.M. van den Brink- van Agtmaal, Lexplicatie, Bronnen en citaten bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Artikel 10a [Beperking renteaftrek in geval van winstdrainage], Lexplicatie, commentaar op artikel 10a Wet VPB 1969

²⁰ Art. 15 wet Vpb 1969

Naast de interne verhangings bestaat de externe acquisitie (aankoop van een derde). Een laag belaste moedervenootschap richt een Nederlandse dochtervenootschap (dochter 1) op, die een lening aangaat bij moeder om de aandelen van een niet met het concern gelieerde vennootschap (dochter 2) te kopen. Dochter 1 en dochter 2 gaan een fiscale eenheid aan en op deze wijze zijn de rentekosten van dochter 1 in Nederland aftrekbaar en is de renteopbrengst tegen een laag tarief belast bij de buitenlandse moeder.

2.6 Waarom wordt winstdrainage bestreden?

Volgens Meussen is winstdrainage een uitvloeisel van het verschil in belastingtarieven tussen landen en het verschil in fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen in Nederland²¹. Nederlandse concernondernemingen gebruiken het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen in combinatie met tariefsarbitrage (winstdrainage). Winstdrainage leidt vervolgens tot vermindering van de belastinggrondslag. Het verminderen van de belastinggrondslag heeft als gevolg dat de Nederlandse staat lagere belastingopbrengsten verkrijgt, dan deze hadden moeten zijn op grond van de werkelijk in Nederland behaalde winsten. De Nederlandse fiscus wil dus winstdrainage bestrijden om belastingverrijdeling tegen te gaan en om geen belastinginkomsten mis te lopen.

Daarnaast is het noodzakelijk om gekunstelde belastingbesparende constructies tegen te gaan²². Volgens Van den Brink – Van Agtmaal dragen gekunstelde belastingbesparende constructies in principe niet bij tot bedrijfsinvesteringen en werkgelegenheid in Nederland terwijl deze zoals hiervoor vermeld wel leiden tot ongewenste versmalling van de grondslag voor de vennootschapsbelasting, waardoor per saldo een hogere belastingdruk is voor andere groepen belastingbetalers²³. In hoofdstuk 4 wordt hier tevens dieper op in gegaan.

²¹ G.T.K. Meussen, *Verhandeling*, TFO 2004/159

²² W.M.M. van den Brink- van Agtmaal, *Lexplicatie, Bronnen en citaten bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Artikel 10a [Beperking renteaftrek in geval van winstdrainage]*, Lexplicatie, commentaar op artikel 10a Wet VPB 1969

²³ W.M.M. van den Brink- van Agtmaal, *Lexplicatie, Bronnen en citaten bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Artikel 10a [Beperking renteaftrek in geval van winstdrainage]*, Lexplicatie, commentaar op artikel 10a Wet VPB 1969

2.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is het begrip winstdrainage aan bod gekomen. Winstdrainage door renteaftrek is het op gekunstelde wijze creëren van schuldverhoudingen ter verijdeling van de vennootschapsbelasting. Winstdrainage vindt zijn oorsprong in het verschil in behandeling van eigen en vreemd vermogen in de vennootschapsbelasting. De vergoeding voor vreemd vermogen (rente) is aftrekbaar van de winst, dit in tegenstelling tot de vergoeding van eigen vermogen (dividend). Hierdoor kan een prikkel ontstaan om te financieren met vreemd vermogen. Om te bepalen of een geldverstrekking een geldlening of een kapitaalvertrekking is, is in de regel de civielrechtelijke vorm beslissend. Hier wordt een uitzondering op gemaakt bij een schijnlening, een bodemloze-put-lening en een deelnemerschapslening. Vervolgens zijn voorbeelden gegeven van enkele verschijningsvormen van winstdrainage door renteaftrek. Enkele verschijningsvormen van winstdrainage zijn teruggeleend dividend, teruggeleend gestort kapitaal, de interne verhangings en de externe acquisitie. Ten slotte is duidelijk geworden waarom de Nederlandse staat winstdrainage wil bestrijden. Winstdrainage leidt tot versmalling van de heffingsgrondslag, waardoor belastingopbrengsten worden misgelopen.

Hoofdstuk 3 - Fraus Legis

3.1 Inleiding

Om wetsontduiking te voorkomen kan de rechter gebruik maken van het buitenwettelijke leerstuk *fraus legis*. *Fraus legis* wordt ook wel aangeduid als het leerstuk der wetsontduiking of misbruik van recht. Dit leerstuk is een bijzonder rechtsmiddel. Het staat niet in de wet gedefinieerd en de voorwaarden zijn ingevuld door de Hoge Raad (hierna: HR). *Fraus legis* is een methode van rechtsvinding die in het gehele rechtsgebied toepasbaar is²⁴. Pas sinds eind jaren 80 van de vorige eeuw werd *fraus legis* ook toegepast in de vennootschapsbelasting²⁵.

In dit hoofdstuk wordt eerst kort aandacht besteed aan de geschiedenis van *fraus legis*. Vervolgens wordt de term *fraus legis* aan de hand van de opvattingen van verschillende auteurs uiteengezet. Daarna volgt een paragraaf die aandacht besteedt aan de voorwaarden van *fraus legis*. In deze paragraaf wordt uiteengezet aan welke voorwaarden voldaan moet worden om succesvol het leerstuk der wetsontduiking toe te kunnen passen. Ook wordt nog aandacht besteed aan de tegenbewijsmogelijkheid. De tegenbewijsmogelijkheid houdt in dat wanneer in principe aan de voorwaarden van *fraus legis* is voldaan, alsnog geen sprake behoeft te zijn van *fraus legis* indien is voldaan aan de tegenbewijsmogelijkheid.

3.2 Bestrijding van oneigenlijk gebruik

Vanaf 1925 had de inspecteur de wettelijke mogelijkheid door middel van richtige heffing om oneigenlijk gebruik van recht te bestrijden. Richtige heffing stond eerst gedefinieerd in de wet Richtige Heffing 1925²⁶ en later is deze in art. 31 e.v. Algemene Wet Rijksbelastingen (hierna: AWR) opgenomen. Het buitenwettelijke leerstuk *fraus legis* is in de jurisprudentie ontwikkeld en werd volgens Van Kemmeren voor het eerst in 1926 toegepast in het

²⁴ E.C.C.M. van Kemmeren, *Fraus legis in de vennootschapsbelasting*, Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht, 1994/21

²⁵ E.C.C.M. van Kemmeren, *Fraus legis in de vennootschapsbelasting*, Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht, 1994/21

²⁶ Wet van 20 april 1925, Stb. 171, tot bevordering van de richtige heffing der directe belastingen

driedagenarrest²⁷.

Voor de toepassing van richtige heffing was een machtiging van de minister van Financiën nodig. Daarnaast kon richtige heffing alleen worden toegepast bij directe belastingen. Voor toepassing van richtige heffing is het noodzakelijk dat de rechtshandeling is aangegaan met als doorslaggevend oogmerk het ontgaan van belasting²⁸. Ten slotte bleek uit art. 31 AWR dat bij toepassing van richtige heffing wordt geheven alsof de gewraakte rechtshandeling in zijn geheel niet heeft plaatsgevonden.

Sinds de aanwezigheid van *fraus legis* werd richtige heffing steeds minder toegepast. Dit kwam onder andere door de machtiging die voor toepassing van richtige heffing nodig was. Daarnaast gingen richtige heffing en *fraus legis* steeds meer op elkaar lijken door ontwikkelingen in de jurisprudentie²⁹. Dit kwam doordat het toepassingsbereik van het leerstuk *fraus legis* was verruimd. Het toepassingsbereik van *fraus legis* omvatte mede die van de richtige heffing³⁰.

Ten behoeve van o.a. de rechtszekerheid heeft de HR in 1984 en 1985 de inhoudelijke toepassingsvoorwaarden van richtige heffing en *fraus legis* aan elkaar gelijk gesteld³¹. Sinds 1 augustus 1987 zijn vervolgens geen machtigingen meer verstrekt om richtige heffing toe te passen³². Richtige heffing van art. 31 e.v. AWR wordt door de fiscus niet meer in stelling gebracht. Voortaan wordt alleen (indien nodig) nog *fraus legis* toegepast³³.

3.3 *Fraus legis* en wetsinterpretatie

Volgens Van de Streek en Strik is sprake van *fraus legis* of richtige heffing “als *een belastingplichtige in strijd handelt met doel en strekking van de wet met het oogmerk om de heffing van de belasting te verijdelen*”³⁴.

²⁷ HR 26 mei 1926, NJ 1926, 723

²⁸ *Kamerstukken II 1986-1987*, 17050, nr.80, p.6

²⁹ Persbericht Ministerie van Financiën, nr. 87/222, 29 juli 1987

³⁰ Persbericht Ministerie van Financiën, nr. 87/222, 29 juli 1987

³¹ HR 21 november 1984, nr. 22092, BNB 1985/32 en HR 20 maart 1985, nr. 23 003, BNB 1985/171

³² *Kamerstukken II 1986-1987*, 17050, nr.80, p.11

³³ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p. 104

³⁴ J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Studenteneditie 2012-2013, *Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Deventer: Kluwer 2012, p.200, Vleggeert hanteert dezelfde omschrijving van *fraus legis* of richtige heffing:
J. Vleggeert, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Fiscale Monografieën, Deventer: Kluwer 2009, p.89

Dit is het geval als een belastingplichtige in strijd handelt met doel en strekking van de wet met het oogmerk om belastingheffing te verijdelen³⁵. IJzerman hanteert een veel uitgebreidere definitie. IJzerman omschrijft *fraus legis* als volgt “*er is sprake van handelen in fraudem legis in het belastingrecht, indien een belanghebbende zich bedient van een uitsluitend, althans volstrekt overwegend, met het oog op de gewenste fiscale gevolgen gekozen zodanige vormgeving, dat de door belanghebbende gewenste fiscale gevolgen op grond van de geïnterpreteerde belastingwet moeten intreden, terwijl die vormgeving in strijd is met doel en strekking van de wet*”³⁶.

De inspecteur heeft met *fraus legis* de ultieme mogelijkheid om tot een naar zijn mening correcte toepassing van de wet te komen. *Fraus legis* kan pas worden toegepast als geen normale interpretatiemogelijkheden hebben geleid tot heffing. Met interpretatiemogelijkheden wordt de uitleg van belastingwetten bedoeld³⁷. Chin-Oldenziel en Belkaid-Koubia noemen achtereenvolgens een aantal interpretatiemogelijkheden. In de eerste plaats is er de interpretatie naar de letter van de wet (grammaticale interpretatie). Ook kan een wet uitgelegd worden aan de hand van de totstandkomingsgeschiedenis (wetshistorische interpretatie). Tevens kan een wet worden uitgelegd aan de hand van de doelstelling van de wet (teleologische interpretatie) of naar de systematiek van de wet (systematische interpretatie). Andere interpretatiemogelijkheden zijn de interpretatie naar analogie en interpretatie a contrario. Bij interpretatie naar analogie wordt gezocht naar een vergelijkbare situatie waarop dezelfde redenering kan worden toegepast. Bij interpretatie a contrario kan gedacht worden aan een situatie waarvan de wettekst voorschrijft dat deze niet onder de wettekst valt³⁸. Pas wanneer de reguliere interpretatiemogelijkheden niet hebben geleid tot heffing, kan de inspecteur een beroep doen op het leerstuk *fraus legis*. *Fraus legis* is daarom volgens andere Chin-Oldenziel en Belkaid-Koubia *ultimum remedium* (het uiterste redmiddel)³⁹.

³⁵ J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Studenteneditie 2012-2013, *Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Deventer: Kluwer 2012, p.200. Eveneens in dezelfde zin:

J. Vleggeert, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Fiscale Monografieën, Deventer: Kluwer 2009, p.89

³⁶ R.L.H. IJzerman, *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 286

³⁷ M. Chin-Oldenziel, M. Belkaid-Koubia, *Fraus legis – het normvereiste geanalyseerd*, WFR 2013/1492

³⁸ M. Chin-Oldenziel, M. Belkaid-Koubia, *Fraus legis – het normvereiste geanalyseerd*, WFR 2013/1492

³⁹ M. Chin-Oldenziel, M. Belkaid-Koubia, *Fraus legis – het normvereiste geanalyseerd*, WFR 2013/1492.

Eveneens Van Dam en Van Kemmeren en Vermeulen vinden *fraus legis* ook *ultimum remedium*:

J. van Dam, *Schijnhandeling, fiscale herkwalficatie en fraus legis in de directe belastingen*, TFO 2013/125.1

E.C.C.M. van Kemmeren, *Fraus legis in de vennootschapsbelasting*, Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht, 1994/21

H. Vermeulen, *Rechtsvinding en fraus legis*, *Cursus Belastingrecht*, FBR.7.4.1

Toepassing van *fraus legis* houdt in dat de inspecteur tot belastingheffing over kan gaan of een belastingvrijstelling kan weigeren ook al voldoet een belastingplichtige naar de letter van de wet wel aan de voorwaarden voor die vrijstelling of recht op aftrek⁴⁰.

Na toepassing van *fraus legis* wordt de gewraakte rechtshandeling erkend, maar wordt de wet anders toegepast. Gezocht wordt naar de meest nabij gelegen belaste situatie. De essentie van het leerstuk der wetsontduiking is dan ook substitutie van de gewraakte rechtshandeling door de meest naastbij gelegen wel belaste rechtshandeling⁴¹.

3.4 Voorwaarden Fraus Legis

Fraus legis kan alleen worden toegepast als er een samenstel van rechtshandelingen is. Dit houdt in dat voor de in dit onderzoek aan de orde gestelde problematiek inzake winstdrainage voor de toepassing van *fraus legis* een rechtstreeks verband moet zijn tussen de lening en de interne verhangings, dividenduitkering of kapitaalstorting⁴². De schuld moet zijn ontstaan in directe samenhang met de besmette transactie.

Voor het met succes toepassen van *fraus legis* is vereist dat aan twee cumulatieve eisen is voldaan⁴³. Getoetst dient te worden aan het zogenoemde motiefvereiste en het zogenoemde normvereiste. Voor wat betreft het motiefvereiste is van belang dat belastingbesparing het doorslaggevende motief is voor de rechtshandelingen. Dit is een subjectief vereiste. Bij het normvereiste is van belang dat de beoogde rechtsgevolgen van de belastingplichtige leiden tot strijd met doel en strekking van de belastingwet. Dit is een objectief vereiste.

3.4.1 Motiefvereiste

Om aan het motiefvereiste te voldoen moet sprake zijn van belastingverijdeling als doorslaggevend motief voor de rechtshandelingen. Het moet hierbij gaan om het op ongerechtvaardigde wijze ontgaan van de heffing van Nederlandse belasting⁴⁴. Ontgaan van

⁴⁰ M. Chin-Oldenziel, M. Belkaid-Koubia, *Fraus legis – het normvereiste geanalyseerd*, WFR 2013/1492

⁴¹ H. Vermeulen, *Rechtsvinding en fraus legis*, *Cursus Belastingrecht*, FBR.7.4.1

⁴² J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, *Studenteneditie 2012-2013, Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Deventer: Kluwer 2012, p.201

⁴³ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p.104

⁴⁴ HR 21 september 1983, nr. 22 060, BNB 1983/316 (noot H. Hofstra)

buitenlandse belasting wordt door Van Kemmeren in het kader van *fraus legis* zelfs als zakelijk motief gezien⁴⁵. Met zakelijke motieven worden alle niet-fiscale motieven bedoeld. De vraag die hier vervolgens opkomt is wanneer sprake is van belastingverrijdeling als doorslaggevend motief. Dit is het geval wanneer de belastingplichtige bij het maken van de keuze tussen verschillende rechtshandelingen zich in overwegende mate heeft laten leiden door fiscale motieven⁴⁶.

Ook indien het einddoel van de rechtshandelingen zakelijk is, kan alsnog voldaan worden aan het motiefvereiste. Aan het motiefvereiste wordt voldaan als er een zakelijk einddoel is maar de keuze van de weg om tot dat einddoel te komen doorslaggevend gericht is op belastingverrijdeling. Dit wordt ook wel de verschillende wegenleer genoemd.

De HR stelt in BNB 1996/3 het volgende '*De omstandigheid dat een samenstel van rechtshandelingen in zijn geheel bezien strekt ter verwezenlijking van zakelijk gefundeerde doeleinden, sluit niet uit dat daarin rechtshandelingen zijn begrepen die voor het bereiken van die doeleinden niet noodzakelijk zijn en die - indien zij voor de heffing van de vennootschapsbelasting zouden worden aanvaard - zouden leiden tot een willekeurige en voortdurende verrijdeling van deze heffing*'.⁴⁷

De HR bevestigt naar mijn mening in dit arrest dan ook dat aan een transactie weliswaar zakelijke motieven ten grondslag kunnen liggen maar dat dat nog niet betekent dat een onbeperkte keuzevrijheid bestaat bij de keuze van uitvoering. Daarnaast toetst de HR hier aan twee cumulatieve eisen⁴⁸. De HR toetst of de rechtshandeling noodzakelijk was en daarnaast toetst de HR of de rechtshandeling kan leiden tot voortdurende en willekeurige verrijdeling van de vennootschapsbelasting indien de rechtshandeling wordt aanvaard voor deze heffing. Bij het noodzakelijkheids criterium moet getoetst worden of de rechtshandeling noodzakelijk was voor het gewenste einddoel en niet doorslaggevend gericht is op belastingverrijdeling. Er wordt sowieso aan het noodzakelijkheids criterium voldaan indien geen andere weg gekozen had kunnen worden om het gewenste einddoel te bereiken. Indien meer wegen gekozen kunnen worden om het gewenste einddoel te bereiken is het lastiger te beoordelen of aan het noodzakelijkheids criterium is voldaan. Heithuis stelt dat niet per definitie de fiscaal duurste

⁴⁵ E.C.C.M. van Kemmeren, *Fraus legis in de vennootschapsbelasting*, Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht, 1994/21

⁴⁶ J. Vleggeert, *Aftrekbeperking van rente in het internationale belastingrecht*, Fiscale Monografieën (nr. 132), Deventer: Kluwer 2009, p.97

⁴⁷ HR 23 augustus 1995, nr. 29 521, BNB 1996/3, overweging 3.2.4

⁴⁸ HR 23 augustus 1995, nr. 29 521, BNB 1996/3, overweging 3.2.4

optie gekozen dient te worden om aan het leerstuk der wetsontduiking te ontkomen⁴⁹. Om te weten of voldaan is aan het noodzakelijkheids criterium kan getoetst worden of de weg die is gekozen ook zonder het fiscale voordeel de meest logische weg zou zijn. Als hier vervolgens positief op wordt geantwoord kan voldaan worden aan de noodzakelijkheidstoets.

Naast het noodzakelijkheids criterium moet getoetst worden of de rechtshandelingen indien deze voor de vennootschapsbelasting aanvaard zouden worden, zouden leiden tot een willekeurige en voortdurende vrijdeling van deze belasting. Hier zijn belastingplichtigen in principe vrij om een fiscaal goedkopere route te kiezen om het zakelijke gemotiveerde einddoel te bereiken⁵⁰. Heithuis stelt dat alleen als dit uitmondt in excessen geconcludeerd kan worden dat dit leidt tot voortdurende en willekeurige vrijdeling van belastingheffing⁵¹. Via een marginale toets door in eerste instantie de rechtbanken en de hoven wordt gekeken of er een excès is en dus sprake is van voortdurende en willekeurige vrijdeling van belastingheffing⁵².

Toegesplitst op de problematiek die in dit onderzoek wordt behandeld kunnen bij een zakelijk eindresultaat met een naar bedrijfseconomische normale maatstaven normale verhouding tussen eigen en vreemd vermogen, alsnog rechtshandelingen zijn die zijn gericht op voortdurende en willekeurige vrijdeling van belastingheffing⁵³. Dit betekent dat een normale verhouding tussen eigen en vreemd vermogen in combinatie met een zakelijk einddoel kan betekenen dat er toch rechtshandelingen zijn geweest die gericht zijn op doorslaggevend belastingvrijdeling.

De bewijslast dat belastingvrijdeling het doorslaggevende motief is voor de rechtshandelingen ligt bij de inspecteur. Indien de inspecteur het vermoeden heeft dat belastingvrijdeling in het spel is en dit aannemelijk maakt, moet de belastingplichtige aantonen dat de rechtshandelingen (tevens) een niet-fiscaal oogmerk van een meer dan bijkomstige betekenis hadden.

⁴⁹ E.J.W. Heithuis, *Winstdrainage, externe acquisities en de 'verschillende wegen'-leer*, WFR 1996/573

⁵⁰ HR 6 september 1995, nr. 27927, BNB 1996/4, overweging 3.2.4

⁵¹ E.J.W. Heithuis, *Winstdrainage, externe acquisities en de 'verschillende wegen'-leer*, Weekblad 1996/6195, p. 576-577

⁵² E.J.W. Heithuis, *Winstdrainage, externe acquisities en de 'verschillende wegen'-leer*, WFR 1996/573

⁵³ HR 6 september 1995, nr. 27927, BNB 1996/4, overweging 3.2.4

3.4.2 Normvereiste

Vervolgens moet getoetst worden aan het normvereiste. Bij het normvereiste is van belang dat de beoogde rechtshandelingen leiden tot strijd met doel en strekking van de wet. Om te beoordelen wanneer iets in strijd is met doel en strekking van de wet, is derhalve de realiteit van de rechtshandelingen van belang. Belastingplichtigen zijn in beginsel vrij om fiscaal de minst belastende optie te kiezen ter bereiking van een reëel en zakelijk doel. Deze vrijheid kan echter overschreden worden. Dit doet zich voor indien, met het oogmerk van belastingverijdeling, een weg wordt gekozen die als kunstmatig en van elk reëel belang ontbloomt wordt aangemerkt. Tevens moet het er toe leiden dat wordt gehandeld in strijd met doel en strekking van de wet⁵⁴. Anders gezegd wordt voldaan aan het normvereiste, indien een kunstmatige weg wordt gekozen met het oogmerk tot belastingverijdeling wat leidt tot strijd met doel en strekking van de wet. Daarnaast moet voor het normvereiste niet alleen wat in een wet staat in ogenschouw worden genomen maar ook wat de wetgever daadwerkelijk heeft bedoeld⁵⁵. Het kan zijn dat zich een situatie voordoet die de makers van de belastingwet niet nadrukkelijk onder ogen hebben gezien tijdens de parlementaire behandeling. Dit creëert een situatie waarin een belastingplichtige op voordelige wijze gebruik kan maken van een bepaalde belastingwet. In zo'n geval, betoogt Niessen, kan de rechter beslissen dat het expres 'uitmelken' van deze mogelijkheid die de belastingwet in principe biedt, op deze wijze niet door de wetgever kan zijn bedoeld toen de betreffende regeling in de wet werd opgenomen⁵⁶. In zo'n situatie kan de inspecteur beroep doen op het leerstuk der wetsontduiking.

3.5 Tegenbewijsmogelijkheid

In de *fraus legis* jurisprudentie speelt de tegenbewijsmogelijkheid een rol voor het al dan niet met succes toepassen van *fraus legis*. De tegenbewijsmogelijkheid, ook wel de compenseerde heffing genoemd, is alleen van belang voor het normvereiste. Er is geen sprake van strijd met doel en strekking van de wet, indien hier voldoende compenserende heffing tegenover staat. Indien tegenover een fiscaal voordeel, zoals renteaftrek, een voldoende belaste bate staat kan beroep gedaan worden op de tegenbewijsmogelijkheid. Het fiscale voordeel voor de

⁵⁴ M. Chin-Oldenziel, M. Belkaid-Koubia, *Fraus legis – het normvereiste geanalyseerd*, WFR 2013/1492

⁵⁵ C. Bruijsten, *Stelt de compenserende heffing een kwantitatieve grens aan de toepassing van fraus legis?*, WFR 2004/1150

⁵⁶ R.E.C.M. Niessen, *De fiscaal voordeligste weg*, Arnhem 1994, p. 29

belastingplichtige (nadeel voor de fiscus) wordt gecompenseerd door een belaste bate. Van compenserende heffing kan ook sprake zijn als de bate in het buitenland wordt belast, mits deze buitenlandse heffing naar Nederlandse maatstaven redelijk is⁵⁷. Om te beoordelen of iets naar Nederlandse maatstaven redelijk is, wordt de heffing vergeleken naar maatstaven die golden in het jaar waaraan het voordeel is toegerekend⁵⁸. Er wordt beoordeeld naar de wetgeving die in dat jaar in Nederland van toepassing was. Ook latere wetgeving kan van belang zijn wanneer de wet vennootschapsbelasting niet substantieel gewijzigd is. Dit kwam duidelijk naar voren in BNB 2002/118⁵⁹.

In BNB 2002/118 is eveneens besloten dat een tarief van 7% naar Nederlandse maatstaven redelijk is⁶⁰. Indien dus tegenover het fiscale voordeel een belaste bate in het buitenland staat van minimaal 7% is in principe voldaan aan de tegenbewijsregeling. Toch is enkel het tarief onvoldoende om te concluderen of is voldaan aan de tegenbewijsregeling.

In BNB 1993/196 werd bepaald dat naast het tarief eveneens de heffingsgrondslag van belang was bij de voldoende compenserende heffing⁶¹. Indien de genierter van het wetsvoordeel objectief is vrijgesteld van belastingheffing kan geen sprake zijn van compenserende heffing. Zo moet in principe echt iets belast worden bij de genierter van het voordeel. De HR heeft echter in BNB 1993/196 en BNB 1993/197 beslist dat verrekening met compensabele verliezen niet direct leidt tot onvoldoende compenserende heffing⁶². Volgens de HR is bij compensabele verliezen sprake van compenserende heffing indien de ontvangen rente gecompenseerd wordt met verliezen die middellijk ten laste zijn gekomen van dezelfde gerechtigden als degenen die (middellijk) profiteren van de verliesverrekening. Indien aandeelhoudersbelangen zijn gewijzigd in de periode tussen het lijden van de verliezen en het compenseren van de verliezen zijn het middellijk dus niet dezelfde gerechtigden. In dit geval kan dus geen sprake zijn van compenserende heffing.

In BNB 1993/197 had een buitenlandse dochter compensabele verliezen geleden voordat de Nederlandse moedermaatschappij aandelen in de dochtermaatschappij had verkregen. Vervolgens ging de Nederlandse moedermaatschappij een lening aan met haar dochtermaatschappij. De HR heeft in deze zaak beslist dat de Nederlandse

⁵⁷ M. Chin-Oldenziel, M. Belkaid-Koubia, *Fraus legis – het normvereiste geanalyseerd*, WFR 2013/1492

⁵⁸ J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Studenteneditie 2012-2013, *Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 202

⁵⁹ HR 8 februari 2002, nr. 36 358, BNB 2002/118 (noot G.T.K Meussen)

⁶⁰ HR 8 februari 2002, nr. 36 358, BNB 2002/118 (noot G.T.K Meussen)

⁶¹ HR 10 maart 1993, nr. 28 139, BNB 1993/196, overweging 3.4.2.

⁶² HR 10 maart 1993, nr. 28 139, BNB 1993/196, HR 10 maart 1993, nr. 28 484, BNB 1993/197

moedermaatschappij de rente die zij verschuldigd was aan haar buitenlandse dochter niet mag aftrekken. De verliezen van de dochter zijn volgens de HR geleden voordat de belanghebbenden de aandelen hadden verkregen in de dochtermaatschappij, waardoor de verliezen niet middellijk ten laste van belanghebbende zijn gekomen.

In BNB 2003/183 heeft de HR beslist dat sprake is van voldoende compenserende heffing als gedurende de looptijd van de lening op elk moment voldoende compenserende heffing is. De HR heeft besloten dat bij de creditrice niet naar de gemiddelde compenserende heffing moet worden gekeken, maar naar de compenserende heffing op elk moment van de looptijd van de lening⁶³.

De compenserende heffing is alleen van belang voor het normvereiste. Om het leerstuk van *fraus legis* te kunnen toepassen moet de inspecteur aantonen dat zowel aan het normvereiste als aan het motiefvereiste wordt voldaan. Indien er voldoende compenserende heffing is, is niet aan het normvereiste voldaan. In dit geval maakt het niet meer uit of überhaupt wel wordt voldaan aan het motiefvereiste omdat niet aan het normvereiste is voldaan. Cumulatief is niet aan beide voorwaarden voldaan en kan er geen sprake zijn van *fraus legis*. Indirect is compenserende heffing op deze manier ook van belang voor het motiefvereiste.

3.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is het begrip *fraus legis* aan bod gekomen. Voordat *fraus legis* bestond, bestond al de richtige heffing. Richtige heffing bestreed min of meer hetzelfde als *fraus legis*, maar had meer nadelen ten opzichte van *fraus legis*. Voor toepassing van richtige heffing was een machtiging van de minister van Financiën nodig. Daarnaast kon richtige heffing alleen worden toegepast bij directe belastingen, terwijl *fraus legis* kan worden toegepast binnen het gehele (fiscale) rechtsgebied. Na toepassing van richtige heffing en *fraus legis* zijn de gevolgen van deze rechtsmiddelen verschillend. Bij toepassing van *fraus legis* wordt de gewraakte rechtshandeling erkend, maar wordt de wet anders toegepast. Gezocht wordt naar de meest nabij gelegen situatie. Bij toepassing van richtige heffing werd geheven alsof de gewraakte rechtshandeling in zijn geheel niet heeft plaatsgevonden. Naast dit verschil in gevolgen zijn er verschillen in criteria voor toepassing van beide instrumenten. Voor

⁶³ HR 6 december 2003, nr. 37 072, BNB 2003/183 (noot Van der Geld)

toepassing van richtige heffing is het noodzakelijk dat de rechtshandeling is aangegaan met als doorslaggevend oogmerk het ontgaan van belasting. Voor toepassing van fraus legis geldt dat het oogmerk van de belastingplichtige uitsluitend belastingverijdeling had moeten zijn. De criteria voor toepassing van fraus legis omvatten mede de criteria voor toepassing van richtige heffing. Hierdoor en ter bevordering van de rechtszekerheid is tenslotte vanaf 1987 besloten enkel nog het leerstuk der wetsontduiking toe te passen.

Er is sprake van fraus legis 'als een belastingplichtige in strijd handelt met doel en strekking van de wet met het oogmerk om de heffing van de belasting te verijdelen'. Om fraus legis met succes te kunnen toepassen moet voldaan worden aan twee cumulatieve eisen. Dit zijn het motief- en het normvereiste. Bij het motiefvereiste dient sprake te zijn van belastingbesparing als doorslaggevend motief voor de rechtshandelingen. Bij het normvereiste is van belang dat de beoogde rechtsgevolgen van de belastingplichtige leiden tot strijd met doel en strekking van de belastingwet. Indien aan deze voorwaarden is voldaan kan fraus legis alsnog niet met succes toepasbaar zijn als wordt voldaan aan de tegenbewijsmogelijkheid. Dit is de compenserende heffing. Dit houdt in dat tegenover een fiscaal voordeel een voldoende belastingbete moet staan.

Hoofdstuk 4 – Artikel 10a wet Vennootschapsbelasting 1969

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is het begrip winstdrainage aan de orde gekomen. In dat hoofdstuk werd geconcludeerd dat de Nederlandse fiscus winstdrainage wil bestrijden om o.a. belastingverijdeling tegen te gaan. Tot 1996 had de fiscus alleen de mogelijkheid winstdrainage te bestrijden met het leerstuk *fraus legis*. Vanaf 1996 is een specifieke wettelijke bepaling tegen winstdrainage, namelijk art. 10a, in de wet Vpb opgenomen. In dit hoofdstuk wordt onderzocht waarom art. 10a wet Vpb is ingevoerd en wat de aanleiding was tot vorming van dit antiwinstdrainage-artikel. Vervolgens worden de voorwaarden van art. 10a wet Vpb uiteengezet, waarin o.a. aandacht wordt besteed aan de tegenbewijsmogelijkheid.

4.2 Waarom is art. 10a wet Vpb 1969 ingevoerd?

In 1994 is naar aanleiding van de oriëntatienota inzake het fiscaal vestigingsklimaat de Werkgroep fiscale infrastructuur ingesteld⁶⁴. Vervolgens is in de wet van 13 december 1996 art. 10a wet Vpb gevormd⁶⁵. In de Memorie van Toelichting wordt uiteenzet waarom deze bepaling is ingevoerd. Daarin wordt vermeld dat het noodzakelijk is om ongewenst en oneigenlijk gebruik van fiscale stelsels, onder meer door gekunstelde belastingbesparende constructies, tegen te gaan⁶⁶. Belastingbesparende constructies leiden namelijk tot een ongewenste versmalling van de belastinggrondslag voor de vennootschapsbelasting. Hierdoor worden minder belastingopbrengsten behaald en kan gesteld worden dat andere groepen belastingbetalers per saldo meer belasting betalen en dus een hogere belastingdruk hebben. Dit kan voor de normale belastingbetaler als oneerlijk gevoeld worden. In de Memorie van Toelichting staat het volgende *‘Het is essentieel voor onze samenleving dat het bewustzijn wordt versterkt dat ieder naar vermogen, overeenkomstig zijn of haar wettelijke*

⁶⁴ Kamerstukken II 1992/93, 22 860, nr. 2

⁶⁵ Stb 1996, 651, *Wet van 13 december 1996 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het versterken van de fiscale infrastructuur*

⁶⁶ MvT, Kamerstukken II 1996, 24 696, nr.3, p.2

*verplichtingen bijdraagt aan de algemene middelen*⁶⁷. Hieruit blijkt naar mijn mening dat het belangrijk is dat ieder gelijk naar draagkracht en naar wettelijke verplichtingen belasting betaalt. Oneerlijk is het dus wanneer per saldo bepaalde groepen belastingbetalers door kunstmatige constructies minder belasting betalen.

Ten tweede wordt in de Memorie van Toelichting gesteld dat het van belang is ter wille van duidelijkheid en rechtszekerheid de fraus legis jurisprudentie in wetgeving neer te leggen⁶⁸. Hiermee wordt duidelijkheid en rechtszekerheid gecreëerd op het gebied van zogenoemde kasrondjes en verhangingen binnen concernverband. In hoofdstuk 2 is behandeld wat wordt bedoeld met zogenoemde kasrondjes en verhangingen binnen concernverband. Naast codificatie van fraus legis jurisprudentie is art. 10a wet Vpb een uitbreiding ter bestrijding van winstdrainage. Art. 10a wet Vpb vormt dus voor een groot deel een codificatie van fraus legis jurisprudentie en voor een kleiner deel een uitbreiding daarvan⁶⁹.

Als laatste reden voor invoering van art. 10a wet Vpb kan gesteld worden dat de introductie van art. 10a wet Vpb leidde tot budgettaire opbrengsten. Dit blijkt uit de volgende woorden van de regering: *‘Voor zover de maatregel ziet op binnenlandse verhoudingen betreft het deels een tijdelijk effect, doordat de regeling onder meer voorkomt dat oude verliezen door kunstmatige rentestromen in concernverhoudingen eerder worden gecompenseerd. In buitenlandse verhoudingen leidt het schrappen van de renteaftrek in Nederland tot een structurele budgettaire opbrengst van de vennootschapsbelasting*⁷⁰.

4.3 Codificatie

De Werkgroep fiscale infrastructuur heeft bij haar onderzoek om uitholling van Nederlandse belastinggrondslag tegen te gaan, de jurisprudentie op het terrein van fraus legis als richtlijn genomen⁷¹. De Staatssecretaris stelt dat ten behoeve van de rechtszekerheid en duidelijkheid

⁶⁷ MvT, Kamerstukken II 1996, 24 696, nr.3, p.4

⁶⁸ MvT, Kamerstukken II 1996, 24 696, nr.3, p.11

⁶⁹ W.M.M. van den Brink- van Agtmaal, Lexplicatie, *Bronnen en citaten bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Artikel 10a [Beperking renteaftrek in geval van winstdrainage]*, Lexplicatie, commentaar op artikel 10a Wet VPB 1969

⁷⁰ MvT, Kamerstukken II 1996, 24 696, nr.3, p.13

⁷¹ Rapport werkgroep II 1996 V-N 1996/1775, 6

de jurisprudentie in wetgeving moet worden neergelegd⁷². Vooral de serie arresten van BNB 1996/3 t/m 6 hebben geleid tot het wetsvoorstel⁷³.

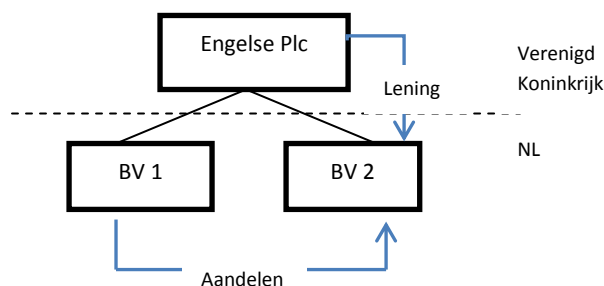
De meest concrete aanleiding voor reparatiewetgeving op het punt van renteaftrek is volgens Van der Geld het zogenoemde Plc-arrest (BNB 1996/5⁷⁴)⁷⁵.

In dit arrest was sprake van een interne verhangings. De in Engeland gevestigde vennootschap bezat alle aandelen in twee Nederlandse vennootschappen, BV 1 en BV 2. Vervolgens verkocht de Engelse vennootschap alle aandelen van BV 1 aan BV 2. BV 2 betaalde de koopsom door een lening aan te gaan bij de Engelse vennootschap. Ten slotte zijn BV 1 en BV 2 een fiscale eenheid aangegaan. De vraag die hier rijst is of de rente aftrekbaar is in Nederland bij de fiscale eenheid.

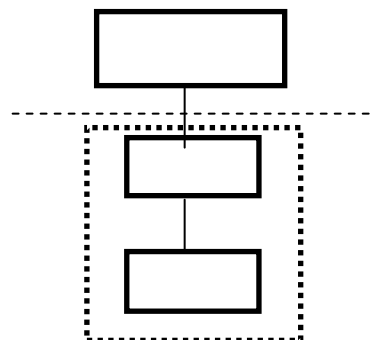
Ter verduidelijking staat hieronder een afbeelding.

Afbeelding van BNB 1996/5

Stap 1



Stap 2



De HR oordeelde dat er voldoende compenserende heffing was en zodoende geen sprake was van strijd met doel en strekking van de wet⁷⁶. De Britse moedermaatschappij betaalde echter de facto 13% vennootschapsbelasting vanwege de verrekening van 'surplus'-ACT en verrekening met buitenlandse belasting. Dit betekent dat de renteontvangst bij de Engelse vennootschap effectief laag belast was. Desondanks vond de HR dit geen reden om te oordelen dat de rente niet onderworpen was aan naar Nederlandse maatstaven redelijke belastingheffing.

⁷² MvT, Kamerstukken II 1996, 24 696, nr.3, p.11

⁷³ S.E. Faber, J.A.G. van der Geld, *Het wetsvoorstel tegen winstdrainage en ter versterking van de fiscale infrastructuur*, WFR 1996/749

⁷⁴ HR 20 september 1995, nr. 29737, BNB 1996/5

⁷⁵ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Kluwer: Deventer 2013, p. 104

⁷⁶ HR 20 september 1995, nr. 29737, BNB 1996/5, overweging 3.5

Door onder andere dit arrest werd de mogelijkheid geopend tot onoverzienbare verrekening van allerlei buitenlandse belastingen met Nederlandse heffing. De werkgroep was dan ook van mening dat dit zou kunnen leiden tot aanzienlijke aantasting van de Nederlandse belastinggrondslag⁷⁷. Ook Van der Geld stelt dat na het Plc-arrest duidelijk was dat zonder wettelijke maatregelen Nederland gebruikt zou worden als land waar men tot compensatie kan komen van elders overrekend blijvende verliezen of tax credits⁷⁸.

4.4 Voorwaarden van art. 10a wet Vpb 1969

Met art. 10a wet Vpb wordt getracht renteaftrek uit te sluiten in bepaalde situaties. Deze situaties worden ook wel besmette rechtshandelingen genoemd⁷⁹.

In het eerste lid van art. 10a wordt van aftrek uitgesloten alle rente – kosten en valutaresultaten – daaronder begrepen, ter zake van schulden rechtens dan wel in feite direct en indirect verschuldigd aan een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijk persoon, voor zover die schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden met een besmette rechtshandeling.

De besmette rechtshandelingen staan in art. 10a lid 1 a, b en c wet Vpb opgesomd en zijn achtereenvolgens de winstuitdeling of een teruggaaf van gestort kapitaal, een kapitaalstorting en de verwerving of uitbreiding van een belang.

Om aan de hoofdregel van art. 10a wet Vpb te voldoen moet aan twee verbanden worden voldaan. Bij beide verbanden staan de woorden ‘rechtens dan wel in feite’ en ‘direct of indirect’. Daaruit leidt Van der Geld af dat de wetgever blijkbaar niet heeft willen volstaan met een formele toets maar dit vereiste ook materieel wilde beschouwen⁸⁰. In de Memorie van Toelichting wordt hierover vermeld dat bij de beoordeling of rente samenhangt met een schuldigerkenning gekeken wordt naar de materiële werkelijkheid⁸¹. Het is hierbij mogelijk dat een lening formeel afkomstig kan zijn van een derde (zoals een financieringsmaatschappij) maar dat de lening in werkelijkheid afkomstig is van de

⁷⁷ *Rapport werkgroep II*, V-N 1996/1775, 6, 19 januari 1996

⁷⁸ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Kluwer: Deventer 2013, p. 105

⁷⁹ J.L van de Streek en S.A.W.L. Strik, *Studenteneditie 2012-2013, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)* Deventer: Kluwer, p.204

⁸⁰ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Kluwer: Deventer 2013, p. 119

⁸¹ MvT, Kamerstukken II 1996, 24 696, nr.3, p.17

moedermaatschappij. Om dit te kunnen beoordelen dient gekeken te worden naar relevante omstandigheden zoals rente, de looptijd van de lening, het overeengekomen aflossingsschema etc⁸².

Naast bestedingsbesmettingen, waarvan tot nu toe werd uitgegaan, zijn er ook oorsprongsbesmettingen. Bij een zogenoemde bestedingsbesmetting wordt de lening aangewend voor een besmette rechtshandeling en bij een oorsprongsbesmetting wordt eerst een besmette rechtshandeling verricht alvorens een lening wordt aangegaan. Sinds 1 januari 2007 met de wet Werken aan winst⁸³ is het huidige lid 2 in art. 10a wet Vpb opgenomen. Dit lid geeft een uitbreiding van het begrip verband en gaat oorsprongsbesmettingen tegen. In lid 2 wordt vermeld dat van een verband tussen de schuld en de besmette rechtshandeling ook sprake kan zijn als de schuld is aangegaan na het verrichten van de besmette rechtshandeling. In de Memorie van Toelichting bij de wet Werken aan winst is aangegeven dat door deze ‘verstrakking’ uitholling van art. 10a door BNB 2005/304⁸⁴ ongedaan kan worden gemaakt⁸⁵. In BNB 2005/304 stortte een Franse moedervernootschap informeel kapitaal in een Belgische dochtervernootschap, een jaar later ging de moedermaatschappij een lening aan bij haar dochtermaatschappij. De lening werd aangegaan ten behoeve van een aankoop van een deelneming. De HR heeft besloten dat de lening van de Belgische dochtervernootschap geen verband houdt met de eerdere kapitaalstorting in die dochtervernootschap. Dit heeft de HR besloten omdat ten tijde van de kapitaalstorting de moedermaatschappij geen voornemen had de deelneming te verwerven. De handeling in het bovenstaande arrest is door lid 2 vanaf 1 januari 2007 eveneens een besmette rechtshandeling.

In lid 1 van art. 10a wet Vpb wordt gesproken over een verband tussen de schuld en een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijk persoon. Achtereenvolgens wordt in lid 4 en 5 uitgewerkt wat wordt verstaan onder een verbonden lichaam en een verbonden natuurlijk persoon. Er is sprake van verbondenheid bij een derde belang of meer.

Bij de invoering van het begrip ‘verbonden lichaam’ gaf de regering aan dat bij het begrip

⁸² MvT, Kamerstukken II 1996, 24 696, nr.3, p.17

⁸³ Staatsblad 2006, 63, *Wet van 30 november 2006, houdende wijziging van belastingwetten ter realisering van de doelstelling uit de nota Werken aan winst*

⁸⁴ HR 17 juni 2005, nr. 40 819, BNB 2005/304

⁸⁵ MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p.20/21

belang werd afgeweken van het begrip nominaal gestorte kapitaal⁸⁶. De wetgever kende voor het begrip verbonden lichaam niet alleen betekenis toe aan het begrip nominaal gestorte kapitaal maar ook het begrip geplaatste kapitaal.

In BNB 2011/156⁸⁷ heeft de HR invulling gegeven aan het begrip belang⁸⁸. Bij een financieel belang van een derde gedeelte is niet vereist dat ook ten minste een derde gedeelte van de stemrechten worden gehouden. Zo is een financieel belang van ten minste een derde al voldoende om van verbondenheid te spreken.

Ten slotte bepaalt lid 6 dat eveneens sprake is van verbonden lichamen indien de belastingplichtige en een andere vennootschap samen deel uitmaken van een fiscale eenheid.

4.5 Tegenbewijsmogelijkheid

4.5.1 Inleiding

De hoofdregel van art. 10a lid 1 wet Vpb is niet van toepassing indien wordt voldaan aan de tegenbewijsregeling van lid 3⁸⁹. Wanneer wordt voldaan aan de tegenbewijsmogelijkheid dan is de aftrekbeperking niet van toepassing. In tegenstelling tot de tegenbewijsregeling van fraud legis zijn bij art. 10a twee opties om te voldoen aan de tegenbewijsregeling. Ten eerste wordt voldaan aan de tegenbewijsmogelijkheid indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan een schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Ten tweede kan voldaan worden aan de tegenbewijsregeling indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat over de rente bij degene aan wie de rente rechtens dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd, per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Om aan de tegenbewijsregeling te voldoen hoeft maar aan één van de twee voorwaarden te worden voldaan.

Er bestaat geen rangorde tussen de onderdelen van het eerste lid van art. 10a wet Vpb. Zo

⁸⁶ MvT, Kamerstukken II 1986/87, 19 968, nr. 3, p.11

⁸⁷ HR 8 april 2011, nr. 10/00561, BNB 2011/156

⁸⁸ A. Rozendal, *Belang in de zin van art. 10a, vierde lid, wet Vpb 1969 na HR 8 april 2011*, WFR 2011/855

⁸⁹ J.L. van der Streek en S.A.W.L. Strik, *Studenteneditie 2012-2013, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)* Deventer: Kluwer, p.214

kunnen er meer besmette rechtshandelingen van toepassing zijn op dezelfde situatie. Dit heeft echter wel gevolgen voor de tegenbewijsregeling. Indien er twee besmette rechtshandelingen zijn moeten deze beide worden getoetst aan de tegenbewijsregeling(en). Als één van de twee besmette rechtshandelingen niet voldoet aan de tegenbewijsregeling van lid 3 betekent dit dat het geheel onder de renteaftrekbeperking valt.

4.5.2 Tegenbewijs op basis van overwegend zakelijke motieven

De eerste mogelijkheid om te slagen in de tegenbewijsmogelijkheid is het tegenbewijs op basis van overwegend zakelijke motieven. De aftrekbeperking blijft buiten beschouwing als de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan de rechtshandeling en geldlening in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen⁹⁰. Hierbij gaat het om een onderscheid tussen fiscale en niet-fiscale motieven. Het zakelijkheids criterium wordt door de staatssecretaris als volgt toegelicht: *'Ingevolge de fraus legis jurisprudentie wordt in strijd met doel en strekking van de wet getreden wanneer aan rechtshandelingen in overwegende mate fiscale, belastingbesparende motieven ten grondslag liggen. Bij de tegenbewijsregeling van art. 10a zal de belastingplichtige aannemelijk moeten maken dat aan de geldlening en de rechtshandeling in overwegende mate zakelijke motieven ten grondslag liggen. (...) Net zoals bij de fraus legis jurisprudentie, is de regeling er niet op gericht om transacties welke niet zijn ingegeven door fiscale motieven in de weg te staan'⁹¹.*

Uit deze omschrijving maken onder andere Van de Streek en Strik op dat sprake is van een dubbele zakelijkheidstoets⁹². Er moet zowel sprake zijn van zakelijke overwegingen bij de rechtshandeling als ook voor de wijze waarop die is gefinancierd. Op deze manier wordt zo gezegd dubbel getoetst aan het zakelijkheids criterium.

Als een schuld gefinancierd wordt door een verbonden lichaam of persoon in combinatie met een besmette rechtshandeling is er in principe sprake van de renteaftrekbeperking. Indien echter de schuld uiteindelijk gefinancierd is door een externe partij en er sprake is van een

⁹⁰ J.L. van der Streek en S.A.W.L. Strik, Studenteneditie 2012-2013, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting) Deventer: Kluwer, p.214

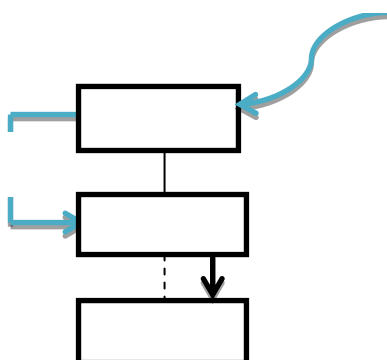
⁹¹ Kamerstukken I 1996/97, 24 696, nr. 52b (MvA), p. 4.

⁹² J.L. van der Streek en S.A.W.L. Strik, Studenteneditie 2012-2013, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting) Deventer: Kluwer, p.214. Ook Vleggeert maakt dit op:

J. Vleggeert, De inspecteur kan tegenbewijs leveren in geval van compenserende heffing van meer dan 10%, Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.3.E.c3

zogenoemde parallelliteit dan wordt eveneens voldaan aan de zakelijkheidstoets⁹³. De term parallelliteit of ‘parallellie’ heeft pas zijn intrede gedaan bij het beleidsbesluit van 23 december 2005⁹⁴. Daarin stelt de Staatssecretaris het volgende: *‘Indien de lening van een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon uiteindelijk extern is gefinancierd wordt voldaan aan de tegenbewijsregeling van artikel 10a, derde lid, onderdeel a, zolang de bedoelde parallelliteit aanwezig is’*⁹⁵. Van parallelliteit is sprake als een direct verband bestaat tussen de uiteindelijke externe financiering en de schuld. Of er een direct verband bestaat wordt beoordeeld aan de hand van de aflossing, looptijd, omvang, rentevergoeding en het tijdstip van aangaan van de leningen⁹⁶. Hieronder staat ter verduidelijking een voorbeeld van parallelliteit.

Afbeelding ter verduidelijking parallelliteit



4.5.3 Tegenbewijs op basis van redelijke compenserende heffing

Aan de tegenbewijsregeling wordt tevens voldaan indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat over de rente bij degene aan wie de rente rechtens dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd, per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Sinds 1 januari 2007 is wettelijk omschreven

⁹³ J.L. van der Streek en S.A.W.L. Strik, Studenteneditie 2012-2013, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting) Deventer: Kluwer, p.215. In dezelfde zin ook:

O.C.R. Marres, *Uitholling door rentebetalingen direct of indirect aan verbonden lichamen*, WFR 2004/183

⁹⁴ Q.W.J.C.H. Kok en R.J. de Vries, *Winstdrainageperikelen*, WFR 2014/116

⁹⁵ Besluit Staatssecretaris van Financiën, nr. CPP2005/2662M, 23 december 2005

⁹⁶ Q.W.J.C.H. Kok en R.J. de Vries, *Winstdrainageperikelen*, WFR 2014/116

wanneer sprake is van een winstbelasting die naar Nederlandse maatstaven redelijk is⁹⁷. Een belasting naar de winst wordt als naar Nederlandse maatstaven redelijk aangemerkt als het tarief ten minste 10% bedraagt over een naar Nederlandse maatstaven belastbare winst. Er mag echter geen sprake zijn van verrekening van verliezen of van andersoortige aanspraken uit jaren voorafgaande aan het jaar waarin de schuld is aangegaan. Hierdoor zou per saldo geen heffing kunnen plaatsvinden die naar Nederlandse maatstaven redelijk genoemd kan worden. Zodoende kan gesteld worden dat de effectieve belastingdruk over de rente bepalend is voor de vraag of een buitenlandse heffing naar Nederlandse maatstaven redelijk is⁹⁸.

Het toetsingsmoment voor de vraag of dergelijke aanspraken uit voorafgaande jaren bij de crediteur aanwezig zijn vindt plaats op het tijdstip waarop de besmette rechtshandeling wordt gesloten⁹⁹. Indien er geen dergelijke aanspraken zijn en de heffing redelijk is dan is in principe voldaan aan de tegenbewijsregeling. Hierop geldt echter een uitzondering welke genoemd staat in lid 3 sub b. Als de inspecteur erin slaagt om aan te tonen dat de geldlening is aangegaan met het oog op de verrekening van dergelijke aanspraken die in het jaar zelf zijn ontstaan of in de nabije toekomst zullen ontstaan wordt niet aan de redelijke heffingstoets voldaan.

Met ingang van 1 januari 2008 wordt eveneens niet aan de redelijke heffingstoets voldaan indien de inspecteur aantoont dat de schuld of de daarmee verband houdende besmette rechtshandeling niet in overwegende mate gericht is op zakelijke overwegingen, ook al is de heffing over de rentebate ten minste 10%¹⁰⁰. Indien de inspecteur er in slaagt dit aan te tonen is geen sprake van compenserende heffing. Aangezien hier wederom aan zakelijkheid wordt

⁹⁷ J.L. van der Streek en S.A.W.L. Strik, Studenteneditie 2012-2013, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)* Deventer: Kluwer, p.216/217. In dezelfde zin ook:

J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p. 127

⁹⁸ J.L. van der Streek en S.A.W.L. Strik, Studenteneditie 2012-2013, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)* Deventer: Kluwer, p.217. In dezelfde zin ook:

J. Vleggeert, *Naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing over de rente*, *Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.3.E.c1*

⁹⁹ J.L. van der Streek en S.A.W.L. Strik, Studenteneditie 2012-2013, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)* Deventer: Kluwer, p.218

¹⁰⁰ J.L. van der Streek en S.A.W.L. Strik, Studenteneditie 2012-2013, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)* Deventer: Kluwer, p.218. In dezelfde zin ook:

J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Kluwer: Deventer 2013, p. 128 en

R.P.C.W.M. Brandsma en S.H. Boers, *De nieuwe bijzin in art. 10a, derde lid, Wet VPB 1969*, WFR 2007/1369

getoetst wordt door onder andere Vleggeert deze toets ook wel de extra zakelijkheidstoets genoemd¹⁰¹.

4.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is art. 10a wet Vpb aan bod gekomen. Redenen voor invoering van art. 10a wet Vpb zijn in de eerste plaats dat kunstmatige constructies voor bepaalde groepen belastingbetalers leiden tot een lagere belastingdruk en hierdoor juist de normale belastingbetaler een hogere belastingdruk heeft. Daarnaast is het van belang ter wille van duidelijkheid en rechtszekerheid om de fraus legis jurisprudentie in wetgeving neer te leggen. Als laatste reden voor invoering van art. 10a wet Vpb kan genoemd worden dat invoering van art. 10a wet Vpb leidt tot budgettaire opbrengsten. Het Plc-arrest kan gezien worden als directe aanleiding voor invoering van art. 10a wet Vpb.

Vervolgens zijn de voorwaarden van art. 10a wet Vpb besproken. Art. 10a wet Vpb sluit uit van aftrek alle rente – kosten en valutaresultaten – daaronder begrepen, ter zake van schulden rechtens dan wel in feite direct en indirect verschuldigd aan een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijk persoon, voor zover die schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden met een besmette rechtshandeling. De besmette rechtshandelingen zijn achtereenvolgens de winstuitdeling of een teruggaaf van gestort kapitaal, een kapitaalstorting en de verwerving of uitbreiding van een belang.

Lid 3 bevat de tegenbewijsregeling. Indien wordt voldaan aan de tegenbewijsregeling vindt geen renteaftrekbeperking plaats.

Aan de tegenbewijsmogelijkheid wordt voldaan indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan een schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Eveneens wordt voldaan aan de tegenbewijsregeling indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat over de rente bij degene aan wie de rente rechtens dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd, per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is.

¹⁰¹ J. Vleggeert, *De inspecteur kan tegenbewijs leveren in geval van compenserende heffing van meer dan 10%*, Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.3.E.c3. Ook Van der Streek, Strik noemen dit de extra zakelijkheidstoets: J.L. van der Streek en S.A.W.L. Strik, Studenteneditie 2012-2013, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting) Deventer: Kluwer, p.218

Aan de redelijke heffingstoets wordt echter niet voldaan indien de inspecteur aannemelijk maakt dat de schuld of de daarmee verband houdende rechtshandeling niet in overwegende mate gericht is op zakelijke overwegingen, ook al is wel sprake van ten minste 10% heffing.

Hoofdstuk 5 – Toepassing van Fraus Legis naast artikel 10a wet Vpb 1969?

5.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 kwam het begrip winstdrainage aan bod. Vervolgens werd in hoofdstuk 3 het leerstuk fraus legis uiteengezet. Winstdrainage werd namelijk voor de invoering van art. 10a wet Vpb met het leerstuk fraus legis bestreden. In hoofdstuk 4 is art. 10a wet Vpb behandeld. Art. 10a wet Vpb is onder andere een codificatie van winstdrainagejurisprudentie die met het leerstuk fraus legis werd bestreden. In dit hoofdstuk wordt onderzocht of fraus legis nog toepassing vindt met betrekking tot winstdrainage na invoering van art. 10a wet Vpb of dat fraus legis met betrekking tot winstdrainage uitgesloten is.

Eerst worden opvattingen van diverse auteurs en de staatssecretaris aangehaald. Vervolgens worden twee belangrijke arresten behandeld.

5.2 Opvattingen in de literatuur

De vraag of fraus legis nog mogelijk is na invoering van art. 10a wet Vpb is interessant, omdat de invoering van art. 10a wet Vpb een codificatie was van fraus legis jurisprudentie¹⁰². Hierdoor is voor te stellen dat door de invoering van art. 10a wet Vpb fraus legis niet meer mogelijk is in situaties van winstdrainage. Toch is fraus legis niet afgeschaft in situaties van winstdrainage, waardoor de vraag opkwam wat het toepassingsbereik is van fraus legis met betrekking tot winstdrainagesituaties.

Daarnaast kwam de vraag naar voren of na de invoering van art. 10a wet Vpb nog steeds sprake kan zijn van uitholling van de belastinggrondslag door renteaftrek¹⁰³. Hiermee wordt bedoeld of art.10a wet Vpb voldoende winstdrainage bestreed of dat nog ruimte bestond voor het leerstuk fraus legis om renteaftrek tegen te gaan bij gekunstelde constructies.

Nadat het wetsvoorstel ‘Wijziging van de wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog

¹⁰² O.C.R. Marres, *Fraus legis blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage*, WFR 2008/1431

¹⁰³ B. Emmerig, *Materieel schuldig gebleven dividend*, WFR 2002/225

op tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het verstrekken van infrastructuur' was ingediend, gaven Faber en Van der Geld hun mening of er nog plaats is voor fraus legis. Volgens Faber en Van der Geld is het theoretisch niet uitgesloten om fraus legis toe te passen. In de praktijk zal het echter volgens hen moeilijk zijn om met behulp van fraus legis renteaftrek te weigeren doordat de wetgever op het punt van renteaftrek zijn bedoelingen gedetailleerd in de wetgeving heeft vastgelegd¹⁰⁴.

Emmerig gaat zelfs een stap verder door te stellen dat door de gedetailleerdheid van art. 10a wet Vpb een einde is gekomen aan het leerstuk fraus legis wat betreft situaties die geregeld zijn in art. 10a wet Vpb¹⁰⁵. Voor situaties die buiten art. 10a wet Vpb vallen bestaat nog wel een mogelijkheid om fraus legis te kunnen toepassen volgens Emmerig. Emmerig noemt als voorbeeld voor een situatie die buiten art. 10a wet Vpb valt Hof 's-Gravenhage 8 april 1997, V-N 1997, p. 3058-3062.

Kruiswijk betoogt dat de Werkgroep fiscale infrastructuur slechts naar bepaalde vormen van winstdrainage heeft gekeken en enkel die vormen opgenomen zijn in het wetsvoorstel¹⁰⁶. Te denken valt aan de zogenoemde kasrondjes, verhangingen en overnameholdings. Verder stelt ze dat winstdrainage ook voor kan komen via fusies en splitsingen. Kruiswijk vindt dat art. 10a wet Vpb niet gedetailleerd genoeg is wat betreft andere vormen van winstdrainage die niet omschreven staan in art. 10a wet Vpb en daardoor ruimte wordt overgelaten voor toepassing van het leerstuk der wetsontduiking. Kruiswijk stelt dat fraus legis na invoering van art. 10a wet Vpb nog kan worden toegepast bij onder andere de volgende transacties: de overdracht van een beleggingsobject waarbij het resultaat voorzienbaar nadelig is en de overdracht van een onderneming binnen een concern indien daarmee de werking van een winstdrainagemaatregel wordt ontgaan¹⁰⁷. Tevens kan de wetgever onmogelijk alle vormen van winstdrainage in de wet opnemen.

De Soeten is het niet met Kruiswijk eens. De Soeten stelt dat fraus legis in de door Kruiswijk gestelde bovenstaande gevallen niet kan worden toegepast¹⁰⁸.

Doornebal stelt echter het volgende: '*De invoering van maatregelen tot beperking van*

¹⁰⁴ S.E. Faber, J.A.G. van der Geld, *Het wetsvoorstel tegen winstdrainage en ter versterking van de fiscale infrastructuur*, WFR 1996/749. In dezelfde zin ook G.H. de Soeten, *Winstdrainage*, WFR 2002/771

¹⁰⁵ B. Emmerig, *Materieel schuldig gebleven dividend*, WFR 2002/225

¹⁰⁶ A. Kruiswijk, *De winstdrainageregelingen en het leerstuk van de wetsontduiking*, WFR 2002/1501

¹⁰⁷ Naschrift A. Kruiswijk bij G.H. de Soeten, *Winstdrainage en Fraus Legis*, WFR 2003/256

¹⁰⁸ G.H. de Soeten, *Winstdrainage en Fraus Legis*, WFR 2003/256, Conclusie

*renteaf trek in de vennootschapsbelasting kan het gebruik van leenfinanciering als instrument om ondernemingswinsten af te romen, weliswaar bemoeilijken, maar zal dit nooit geheel kunnen uitbannen. Daarvoor heeft de productiefactor kapitaal een te flexibel en een te mobiel karakter, terwijl bovendien iedere vorm van reparatiewetgeving zijn achilleshiel kent*¹⁰⁹. Hiermee wordt naar mijn mening bedoeld dat er altijd nieuwe vormen van winstdrainage kunnen worden bedacht en dit niet door de invoering van maatregelen vooraf of achteraf in zijn geheel kan worden bestreden.

Ligthart stelt dat ondanks dat de wetgever met de invoering van art. 10a wet Vpb fraus legis jurisprudentie heeft willen codificeren omwille van de duidelijkheid en rechtszekerheid, toepassing van het leerstuk fraus legis niet uitgesloten is in renteconstructies die niet worden bestreden met art. 10a wet Vpb¹¹⁰. Art. 10a wet Vpb vormt volgens Ligthart meer dan een codificatie van winstdrainagejurisprudentie. Zo is de bewijslast omgedraaid ten op zichte van art. 10a wet Vpb. Daarnaast geldt dat indien er voldoende compenserende heffing is en daarnaast sprake is van verrekenbare verliezen er voor fraus legis geen strijd is met doel en strekking van de wet¹¹¹. Voor art. 10a wet Vpb leiden de verrekenbare verliezen wel tot een aftrekbeperking¹¹². Daarnaast lijkt volgens Ligthart bij de zakelijkheidstoets het criterium ‘meer dan bijkomstig’ bij fraus legis minder streng dan het criterium ‘in overwegende mate’ bij art. 10a wet Vpb. Hierdoor is volgens Ligthart het leerstuk van fraus legis niet uitgesloten in renteconstructies die niet worden bestreden met art. 10a wet Vpb.

5.3 Opvatting Staatssecretaris

Na de wijziging op 1 januari 2007 met betrekking tot het opschonen van art. 10a wet Vpb vragen de leden van de fractie van de VVD of ten aanzien van renteaf trek nog ruimte is voor toepassing van fraus legis indien art. 10a wet Vpb of een andere wettelijke bepaling tegen renteaf trek toepassing mist. De Staatssecretaris antwoordde daarop:

‘Het is niet uitgesloten dat fraus legis van toepassing zou kunnen zijn bij renteaf trek. Het moet dan gaan om een uitzonderlijke situatie, waarbij de grens van geoorloofde

¹⁰⁹ J. Doornebal, *Renteaf trek in de vennootschapsbelasting: een verdwijnend fenomeen?*, NFTR 2002/365

¹¹⁰ N.M. Ligthart, *De renteaf trekbeperking van art. 10a Wet VPB 1969*, TFO 2003/174

¹¹¹ N.M. Ligthart, *De renteaf trekbeperking van art. 10a Wet VPB 1969*, TFO 2003/174 en

G.H. de Soeten, *Winstdrainage na 1 januari 2007*, WFR 2007/459

¹¹² N.M. Ligthart, *De renteaf trekbeperking van art. 10a Wet VPB 1969*, TFO 2003/174

*belastingbesparing duidelijk is overschreden. Omdat dergelijke gevallen al verregaand zijn gecodificeerd, met name in artikel 10a, zal toepassing van fraus legis ten aanzien van renteaftrek zich in de praktijk niet snel kunnen voordoen*¹¹³.

Na de reactie van de Staatssecretaris is volgens De Soeten binnen situaties van art. 10a wet Vpb fraus legis onvoorstelbaar. Met situaties die binnen art. 10a wet Vpb vallen wordt bedoeld een binnen art. 10a wet Vpb besmette rechtshandeling. Volgens De Soeten is de toepassing van fraus legis op het gebied van renteaftrekbeperking van art. 10a wet Vpb slechts theoretisch door de vergaande codificatie van art. 10a wet Vpb¹¹⁴.

Voor situaties die zich strekken tot buiten art. 10a wet Vpb ziet De Soeten eventueel nog wel ruimte voor fraus legis. Dit komt doordat de wetgever niet beoogd kan hebben dat renteaftrek kan worden geclaimd in situaties waarbij het samenstel van rechtshandelingen zich niet strekt tot zakelijke doeleinden en die indien de rechtshandeling zou worden aanvaard zou leiden tot een willekeurige en voortdurende verijdeling van belastingheffing¹¹⁵.

5.4 Jurisprudentie

5.4.1 Arrest HR 11 juli 2008, BNB 2008/266

In het arrest BNB 2008/266¹¹⁶ heeft de HR fraus legis toegepast, terwijl art. 10a wet Vpb toepassing miste. In dit arrest was sprake van een Zwitserse vennootschap die een 100% belang had in B BV en een 100% belang in een Holding BV. De Zwitserse vennootschap verkocht de aandelen van B BV aan de Holding BV. Vervolgens gingen B BV en Holding BV een fiscale eenheid aan. Zodoende konden de rentekosten, als de aftrek niet zou worden geweigerd, worden afgetrokken van de winst van BV B. De koopsom werd eerst omgezet in een lening van de Zwitserse vennootschap aan de Holding BV, later werd dit een lijfrenteverplichting.

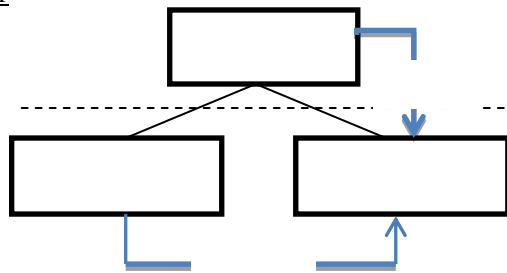
¹¹³ Kamerstukken II, 2005/06, 30 572, nr.8, p. 45

¹¹⁴ G.H. de Soeten, Winstdrainage na 1 januari 2007, WFR 2007/459

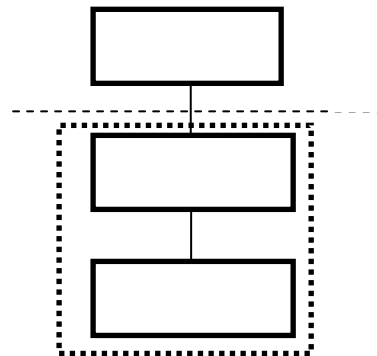
¹¹⁵ G.H. de Soeten, Winstdrainage na 1 januari 2007, WFR 2007/459

¹¹⁶ HR 11 juli 2008, nr. 43 376, BNB 2008/266

Stap 1



Stap 2



De HR heeft geoordeeld dat art. 10a lid 1(oud) hier niet van toepassing kan zijn omdat hier geen sprake is van een schuldig gebleven winstuitdeling. Daarnaast is art. 10a lid 1b (oud) slechts tot aan het moment dat de lening is omgezet in een lijfrenteverplichting, van toepassing. Een lijfrenteverplichting is namelijk geen geldlening in de zin van art. 10a wet Vpb. Ten slotte heeft de HR geoordeeld dat *fraus legis* hier van toepassing is en wel met de reden dat de lijfrenteverplichting is aangegaan enkel met het doel om belasting te vrijdelen. Belastingverijdeling was de doorslaggevende reden voor de omzetting van de geldlening naar de lijfrenteverplichting. Dit is in strijd met doel en strekking van art. 10a wet Vpb.

5.4.1.a Opvatting arrest HR 11 juli 2008, BNB 2008/266

Na het arrest BNB 2008/266 rijst de vraag of ter bestrijding van winstdrainage door renteaftrek de weg volledig vrij wordt gemaakt voor toepassing van *fraus legis*¹¹⁷. Bij de beantwoording van de vraag of *fraus legis* kan worden toegepast moet volgens Marres gekeken worden naar de belangenafweging tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid¹¹⁸. Met rechtszekerheid wordt bedoeld dat de overheid rekening moet houden met de verwachtingen van belastingplichtigen; deze verwachtingen moeten gewaarborgd blijven. Met verwachtingen wordt bedoeld wat in de wet staat. Met rechtvaardigheid wordt bedoeld dat niet in strijd met doel en strekking van de wet mag worden gehandeld om belasting te ontgaan. Om *fraus legis* te kunnen toepassen moet in strijd met doel en strekking van de wet worden gehandeld. Indien *fraus legis* wordt toegepast wordt het rechtvaardigheidsbeginsel nageleefd in plaats van het rechtzekerheidsbeginsel.

¹¹⁷ HR 11 juli 2008, nr. 43 376, BNB 2008/266, noot O.C.R Marres

¹¹⁸ O.C.R Marres, *Fraus legis blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage*, WFR 2008/1431

Belastingplichtigen die in strijd handelen met doel en strekking van de wet bevinden zich in de risicosfeer volgens IJzerman¹¹⁹. IJzerman vindt vervolgens dat voor hen rechtszekerheid niet is bedoeld. Anders gezegd, indien belastingplichtigen in strijd handelen met doel en strekking van de wet op een manier die de wetgever niet bedoeld zou kunnen hebben, dan kunnen belastingplichtigen niet verwachten dat zij beschermd worden op grond van het rechtvaardigheidsbeginsel¹²⁰. In zulke gevallen weegt dus het rechtvaardigheidsbeginsel zwaarder dan het rechtzekerheidsbeginsel.

Het kan ook zijn dat de wetgever de strekking van een wet niet goed tot uitdrukking heeft gebracht of bepaalde ontgaansmogelijkheden had kunnen of moeten voorzien maar deze niet is tegen gegaan via de wettekst¹²¹. In zo'n geval heeft de rechter in beginsel geen recht om de tekortkoming tegen te gaan indien de tekortkoming voldoende voorzienbaar was. Marres stelt vervolgens dat in de volgende gevallen fraus legis niet kan worden toegepast als *'de wetgever een bewuste keuze heeft gemaakt om het ontgaan van belastingen niet (of slechts op een bepaalde wijze, zoals binnen bepaalde harde grenzen, zoals kapitalisatienormen) te keren; de wetgever weliswaar geen bewuste keuze heeft gemaakt, maar wel met een bepaalde situatie rekening heeft gehouden en daarvoor geen maatregelen heeft getroffen; de mogelijkheid tot het ontgaan van belastingen inherent is aan de door de wetgever gekozen systematiek; de ontgaansmogelijkheid zo evident is dat de wetgever redelijkerwijze met die mogelijkheid rekening had moeten houden en desondanks geen maatregel heeft getroffen om die mogelijkheid ongedaan te maken'*¹²².

Maar bovenal stelt Marres dat fraus legis na de invoering van art. 10a wet Vpb nog steeds kan worden toegepast. Volgens Marres blijkt dit uitdrukkelijk uit het arrest BNB 2008/266. Fraus legis kan volgens hem toegepast worden op twee terreinen. Ten eerste kan fraus legis van toepassing zijn op een terrein dat art. 10a wet Vpb niet heeft geregeld. Ten tweede kan fraus legis van toepassing zijn als in strijd met doel en strekking van art. 10a wet Vpb wordt gehandeld. Marres zegt daarover het volgende: *'het op gekunstelde wijze voorkomen van een 10a-besmetting is niet minder frauslegiaans dan het op gekunstelde wijze genezen van een 10a-besmetting'*¹²³.

¹¹⁹ R.L.H. IJzerman, *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*, Deventer: Kluwer 1991, p.89

¹²⁰ O.C.R Marres, *Fraus legis blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage*, WFR 2008/1431

¹²¹ O.C.R Marres, *Fraus legis blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage*, WFR 2008/1431

¹²² O.C.R Marres, *Fraus legis blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage*, WFR 2008/1431

¹²³ HR 11 juli 2008, nr. 43 376, BNB 2008/266, noot O.C.R Marres

Volgens Marres hangt toepassing van *fraus legis* af van het antwoord op de vraag of de wetgever beoogd heeft een uitputtende regeling te treffen tegen alle vormen van winstdrainage of slechts voor bepaalde vormen¹²⁴. Tevens hangt toepassing van *fraus legis* volgens Marres af van de vraag welke vormen van winstdrainage de wetgever heeft voorzien of had moeten voorzien. Art. 10a wet Vpb is echter een codificatie van gewezen winstdrainagejurisprudentie met een aantal kleine aanpassingen. *Fraus legis* kan daarom volgens Marres worden toegepast, tenzij een ontgaansmogelijkheid voldoende voorzienbaar is geweest dan wel de ontgaansmogelijkheid impliciet dan wel expliciet is aanvaard¹²⁵.

5.4.2 Arrest HR 1 juni 2012, BNB 2012/213

In BNB 2012/213¹²⁶ is de renteaftrekbepanking van art. 10a wet Vpb niet van toepassing maar is wel met succes *fraus legis* toegepast¹²⁷.

In dit arrest is sprake van een fiscale eenheid tussen F BV en een Nederlandse dochtermaatschappij waarin zij een 100% belang heeft. Vervolgens gaat de feitelijke leiding van F BV naar Aruba en verkoopt F BV in Nederland gelegen onroerende zaken aan de Nederlandse dochtermaatschappij. De koopsom wordt door de dochtermaatschappij schuldig gebleven en daarna wordt dochtermaatschappij ontvoegd uit de fiscale eenheid. In geschil is hier of de dochtermaatschappij de rente over de schuldig gebleven koopsom mag aftrekken. De Hoge Raad was het met het oordeel van het Hof eens dat de overdracht van onroerende zaken geen besmette rechtshandeling is als genoemd in art. 10a wet Vpb. Er was geen sprake van aanwending van vermogen waardoor niet werd voldaan aan art. 10a lid 2 letter c (oud). Daarnaast heeft het Hof geoordeeld dat het samenstel van rechtshandelingen in overwegende mate gericht was op belastingverijdeling. Voor de vraag of dit in strijd is met doel en strekking van de wet heeft het Hof geoordeeld dat het aanvaarden van deze rechtshandelingen zou leiden tot desgewenst willekeurige verijdeling van de vennootschapsbelasting zonder een wezenlijke verandering in belang en zeggenschap en evenmin voldoende compenserende heffing. Dit heeft de Hoge Raad beaamd. Ook de opvatting van het gerechtshof dat de wetgever met de winstdrainageregeling geen uitputtende oplossing heeft willen treffen werd door de Hoge Raad als correct beoordeeld.

¹²⁴ O.C.R Marres, *Fraus legis* blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage, WFR 2008/1431

¹²⁵ O.C.R Marres, *Fraus legis* blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage, WFR 2008/1431

¹²⁶ HR 1 juni 2012, nr. 11/00009, BNB 2012/213

¹²⁷ J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p. 129

De Hoge Raad sluit zich bij het hof aan, dat art. 10a Wet VPB niet ziet als een limitatieve regeling en die daarnaast geen grond ziet in de wetsgeschiedenis dat de wetgever gevallen als de onderhavige zou hebben willen aanvaarden.

Inmiddels is een grensoverschrijdende fiscale eenheid niet meer mogelijk en zou deze winstdrainageconstructie sowieso niet meer mogelijk zijn. De beslissing van de HR maakt echter wel duidelijk dat *fraus legis* toepasbaar is naast art. 10 a wet Vpb¹²⁸.

5.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht of *fraus legis* nog kan worden toegepast met betrekking tot winstdrainage na invoering van art. 10a wet Vpb. In de literatuur zijn hier diverse opvattingen over. Naar voren komt dat in theorie *fraus legis* nog toepasbaar is. Nergens is opgenomen dat toepassing van *fraus legis* formeel onmogelijk is geworden. In de praktijk wordt met name gezegd dat toepassing van *fraus legis* moeilijk wordt door vooral de gedetailleerdheid van art. 10a wet Vpb. Vervolgens zijn twee arresten gewezen waar wel degelijk het leerstuk *fraus legis* is toegepast. In BNB 2008/266 werd *fraus legis* toegepast omdat de doorslaggevende reden voor de rechtshandelingen gelegen lag in de verijdeling van de toepassing van art. 10a wet Vpb¹²⁹. In BNB 2012/213 was art. 10a niet van toepassing. Toch werd ook hier *fraus legis* toegepast. Mijns inziens bewijzen deze twee arresten dat *fraus legis* toepasbaar is zowel na als naast toepassing van art. 10a wet Vpb.

¹²⁸ V-N 2012/31.18: Renteaftrek terecht geweigerd met toepassing van *fraus legis*. Toepassing van *fraus legis* niet in strijd met EU-recht

¹²⁹ J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer 2013, p. 129. In dezelfde zin ook:

J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Studenteneditie 2012-2013, Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting), Deventer: Kluwer 2012, p.203

Hoofdstuk 6 – Conclusie

In deze scriptie werd onderzoek gedaan naar de vraag of *fraus legis* nog van toepassing is na de invoering van art. 10a wet Vpb. De onderzoeksvraag die gedefinieerd staat in hoofdstuk 1 luidt als volgt: ***‘Kan er nog sprake zijn van *fraus legis* ter voorkoming van winstdrainage naast toepassing van art. 10a wet VpB 1969?’***

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van het beantwoorden van de deelvragen een antwoord gevonden op de onderzoeksvraag.

In hoofdstuk 2 is antwoord gegeven op de 1^e deelvraag. Deze deelvraag luidde als volgt: *‘Wat is winstdrainage en waarom wil de Nederlandse overheid dit bestrijden?’*

Onder winstdrainage door renteaftrek wordt verstaan het op gekunstelde wijze creëren van schuldverhoudingen ter verijdeling van de vennootschapsbelasting. Het kan voor belastingplichtigen gunstig zijn om een schuldverhouding te creëren omdat de vergoeding van vreemd vermogen (rente) in tegenstelling tot de vergoeding van eigen vermogen (dividend) aftrekbaar is van de winst. Ten slotte is aan bod gekomen waarom de Nederlandse overheid winstdrainage wil bestrijden. De reden hiervoor is dat winstdrainage leidt tot uitholling van de belastinggrondslag, welke vervolgens leidt tot lagere belastingopbrengsten voor de Nederlandse staat.

In hoofdstuk 3 is antwoord gegeven op de 2^e deelvraag. Deze deelvraag luidde als volgt: *‘Wat wordt verstaan onder *fraus legis* en aan welke voorwaarden moet voldaan worden om *fraus legis* succesvol toe te passen?’*

Er is sprake van *fraus legis* als een belastingplichtige in strijd handelt met doel en strekking van de wet met het oogmerk om de heffing van de belasting te verijdelen. Om *fraus legis* succesvol te kunnen toepassen moet zowel aan het motiefvereiste als aan het normvereiste worden voldaan. Bij het motiefvereiste dient sprake te zijn van belastingbesparing als doorslaggevend motief voor de rechtshandelingen. Bij het normvereiste is van belang dat de beoogde rechtsgevolgen van de belastingplichtige leiden tot strijd met doel en strekking van de belastingwet. Daarnaast kent *fraus legis* een tegenbewijsmogelijkheid. Aan de tegenbewijsmogelijkheid wordt voldaan indien er een voldoende bate tegenover het fiscale voordeel staat. Indien voldaan wordt aan de tegenbewijsmogelijkheid is geen sprake van *fraus legis*.

In hoofdstuk 4 is antwoord gegeven op de 3^e deelvraag. Deze deelvraag luidde als volgt:

‘Om welke reden is art. 10a wet Vpb 1969 opgenomen in de wet vennootschapsbelasting en wat zijn de toepassingsvoorwaarden van art. 10a wet Vpb?’

Redenen voor invoering van art. 10a wet Vpb zijn dat door gekunstelde constructies bepaalde groepen belastingbetalers een lagere belastingdruk hebben dan de normale belastingbetaler. Daarnaast is het van belang ter wille van duidelijkheid en rechtszekerheid om de fraus legis jurisprudentie in wetgeving neer te leggen. Ten slotte leidt invoering van art. 10a wet Vpb tot budgettaire opbrengsten.

De voorwaarden van art. 10a wet Vpb staan grotendeels gedefinieerd in het eerste lid. In het eerste lid van art. 10a wordt van aftrek uitgesloten alle rente – kosten en valutaresultaten – daaronder begrepen, ter zake van schulden rechtens dan wel in feite direct en indirect verschuldigd aan een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijk persoon, voor zover die schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden met een besmette rechtshandeling. Bij art. 10a wet Vpb in tegenstelling tot fraus legis zijn er twee mogelijkheden tot tegenbewijs. Aan de tegenbewijsmogelijkheid wordt voldaan indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan een schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Eveneens wordt voldaan aan de tegenbewijsregeling indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat over de rente bij degene aan wie de rente rechtens dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd, per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is.

In hoofdstuk 5 is antwoord gegeven op de 4^e deelvraag. Deze luidde als volgt:

‘Heeft fraus legis nog waarde naast art. 10a wet Vpb ter voorkoming van winstdrainage?’

Na de invoering van art. 10a wet Vpb is fraus legis niet verboden geworden in winstdrainage situaties. Hierdoor zou fraus legis in theorie nog mogelijk zijn. Met name voor BNB 2008/266 en BNB 2012/213 zijn veel auteurs van mening dat in de praktijk toepassing van fraus legis moeilijk wordt door de gedetailleerdheid van art. 10a wet Vpb.

Door BNB 2008/266 is duidelijk geworden dat fraus legis aan de orde kan komen na toepassing van art. 10a wet Vpb. Vervolgens is door BNB 2012/213 duidelijk geworden dat fraus legis naast art. 10a wet Vpb ook van toepassing kan zijn.

In dit hoofdstuk is tevens de hoofdvraag beantwoord. Er kan dus nog sprake zijn van fraus legis ter voorkoming van winstdrainage naast toepassing van art. 10a wet Vpb 1969.

Literatuurlijst

Literatuur

R.P.C.W.M. Brandsma en S.H. Boers, De nieuwe bijzin in art. 10a, derde lid, Wet VPB 1969, WFR 2007/1369

W.M.M. van den Brink- van Agtmaal, Lexplicatie, Bronnen en citaten bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Artikel 10a [Beperking renteaftrek in geval van winstdrainage], Lexplicatie, commentaar op artikel 10a Wet VPB 1969

C. Bruijsten, Stelt de compenserende heffing een kwantitatieve grens aan de toepassing van fraus legis?, WFR 2004/1150

M. Chin-Oldenziel, M. Belkaid-Koubia, Fraus legis – het normvereiste geanalyseerd, WFR 2013/1492

J. van Dam, Schijnhandeling, fiscale herkwalificatie en fraus legis in de directe belastingen, TFO 2013/125.1

J. Doornebal, Renteaftrek in de vennootschapsbelasting: een verdwijnend fenomeen?, NFTR 2002/365

B. Emmerig, Materieel schuldig gebleven dividend, WFR 2002/225

S.E. Faber, J.A.G. van der Geld, Het wetsvoorstel tegen winstdrainage en ter versterking van de fiscale infrastructuur, WFR 1996/749

J.A.G. van der Geld, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer 2013

E.J.W. Heithuis, Winstdrainage, externe acquisities en de 'verschillende wegen'-leer, WFR 1996/573

J. Hoogendoorn, Het voorgestelde art. 10a Wet Vpb. 1969: reparatie uitholling of uitbreiding

belastinggrondslag?, FED 1996/432

R.L.H. IJzerman, Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Deventer: Kluwer 1991

E.C.C.M. van Kemmeren, Fraus legis in de vennootschapsbelasting, TFO, 1994/21

Q.W.J.C.H. Kok en R.J. de Vries, Winstdrainageperikelen, WFR 2014/116

A. Kruiswijk, De winstdrainageregelingen en het leerstuk van de wetsontduiking, WFR 2002/1501

N.M. Ligthart, De renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VPB 1969, TFO 2003/174

O.C.R. Marres, Uitholling door rentebetalingen direct of indirect aan verbonden lichamen, WFR 2004/183

O.C.R. Marres, Winstdrainage door renteaftrek – beoordeling van artikel 10a wet op de Vennootschapsbelasting 1969, Deventer: Kluwer 2005

O.C.R. Marres, Fraus legis blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage, WFR 2008/1431

O.C.R. Marres, Eerlijk delen in de fiscale jungle, Oratie 439 Universiteit van Amsterdam 2012

G.T.K. Meussen, Verhandeling, TFO 2004/159

R.E.C.M. Niessen, De fiscaal voordeligste weg, Arnhem 1994

A. Rozendal, Belang in de zin van art. 10a, vierde lid, wet Vpb 1969 na HR 8 april 2011, WFR 2011/855

G.H. de Soeten, Winstdrainage, WFR 2002/771

G.H. de Soeten, Winstdrainage en Fraus Legis, WFR 2003/256

G.H. de Soeten, Winstdrainage na 1 januari 2007, WFR 2007/459

J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, Studenteneditie 2012-2013, Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting), Deventer: Kluwer 2012

J. van Strien, Renteaftrekbeperingen in de vennootschapsbelasting, Fiscale Monografieën Deventer: Kluwer 2006

S.A.W.J. Strik en N.H. de Vries, Studenteneditie 2010-2011, Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting), Deventer: Kluwer 2010

H. Vermeulen, Rechtsvinding en fraus legis, Cursus Belastingrecht, FBR.7.4.1

J. Vleggeert, Aftrekbeperingen van de rente in het internationale belastingrecht, Fiscale Monografieën, Deventer: Kluwer 2009

J. Vleggeert, De inspecteur kan tegenbewijs leveren in geval van compenserende heffing van meer dan 10%, Cursus Belastingrecht Vpb

J. Vleggeert, Naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing over de rente, Cursus Belastingrecht Vpb

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1986/87, 19 968, nr. 3

Kamerstukken II 1986/87, 17050, nr.80

Kamerstukken II 1992/93, 22 860, nr. 2

Kamerstukken II 1996, 24 696, nr.3

Kamerstukken I 1996/97, 24 696, nr. 52b

Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3

Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr.8

Jurisprudentie

HR 26 mei 1926, NJ 1926, 723
HR 21 september 1983, nr. 22 060, BNB 1983/316
HR 21 november 1984, nr. 22092, BNB 1985/32
HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217
HR 10 maart 1993, nr. 28 139, BNB 1993/196
HR 10 maart 1993, nr. 28 484, BNB 1993/197
HR 23 augustus 1995, nr. 29 521, BNB 1996/3
HR 6 september 1995, nr. 27927, BNB 1996/4
HR 20 september 1995, nr. 29737, BNB 1996/5
Hof 's-Gravenhage 8 april 1997, V-N 1997, p. 3058-3062
HR 8 februari 2002, nr. 36 358, BNB 2002/118
HR 6 december 2003, nr. 37 072, BNB 2003/183
HR 17 juni 2005, nr. 40 819, BNB 2005/304
HR 11 juli 2008, nr. 43376, BNB 2008/266
Hof 's Gravenhage 22 december 2012, BK-08/00804
Hof 's Gravenhage 22 december 2012, BK-09/00805
HR 8 april 2011, nr. 10/00561, BNB 2011/156
HR 1 juni 2012, nr. 11/00009, BNB 2012/213

Overig

Staatsblad, 1925, 171, Wet van 20 april 1925, tot bevordering van de richtige heffing der directe belastingen

Persbericht Ministerie van Financiën, nr. 87/222, 29 juli 1987

Rapport werkgroep II 1996 V-N 1996/1775, 6

Staatsblad 1996, 651, Wet van 13 december 1996 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het versterken van de fiscale infrastructuur

Staatsblad 2006, 63, Wet van 30 november 2006, houdende wijziging van belastingwetten ter

realisering van de doelstelling uit de nota Werken aan winst

V-N 2012/31.18: Renteaftrek terecht geweigerd met toepassing van fraus legis. Toepassing van fraus legis niet in strijd met EU-recht